فهرست الجزء الثاني من كتاب المهذب

صحيفة

٢ كتاب العتق
فصل ويصح بالصريح والكناية
فصل وان كان بين نفسين الخ
٣ فصل وتجب قيمة النصيب الخ
فصل وان كان بين اثنين جارية الخ
فصل وان اختلف المعتق الخ
فصل وان كان المعتق معسرا الخ
٤ فصل وان ملك عبدا الخ
فصل وان أوصى بعتق الخ
فصل وان كان عبد بين ثلاثة الخ
فصل وان كان له عبدان الخ
فصل وان أعتق عبدا الخ
فصل من ملك أحد الوالدين الخ
٥ باب القرعة
٦ فصل قال الشافعي وان أعتق الخ
فصل اذا أعتق في مرضه الخ
فصل وان أعتق في مرضه الخ
فصل وان أعتقهم ومات الخ
٧ باب المدبر
فصل ويصح من السفيه الخ
فصل والتدبير الخ
فصل ويجوز مطلقا الخ
فصل ويجوز تدبير المعتق الخ
فصل ويجوز تدبير الحمل الخ
٨ فصل ويملك المولى بيع المدبر الخ
فصل وان كان المدبر جارية الخ
فصل ويجوز الرجوع في التدبير الخ
٩ فصل ويجوز الرجوع في تدبير البعض الخ
فصل وان دبر عبده الخ
فصل وان دبر الكافر عبدا كافرا الخ
فصل وان اختلف السيد والعبد الخ
١٠ فصل ويجوز تعليق العتق الخ
فصل وان علق عتق أمة الخ

صحيفة

فصل وان علق عتق عبده على صفة الخ
كتاب المكاتب
فصل ويجوز كتابة بعض العبد الخ
١١ فصل وان طلب العبد الكتابة الخ
فصل ولا يجوز الا بعوض مؤجل الخ
فصل ولا يجوز الا على عوض
فصل ويجوز الكتابة على المنافع الخ
فصل وان كاتب رجلان الخ
١٢ فصل ولا يصح على شرط فاسد
فصل واذا انعقد العقد الخ
باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه
فصل وان كان المكاتب جارية
١٣ فصل وان أتت المكاتبة بولد الخ
فصل وان حبس السيد المكاتب الخ
فصل ولا يملك المكاتب التصرف الخ
١٤ فصل ولا يجوز أن يبيع نسيئة الخ
فصل ولا يجوز أن يشتري من يعتق عليه
فصل ولا يعتق ولا يكاتب الخ
فصل وان فعل ذلك كله باذن المولى
فصل ولا يتزوج المكاتب الا باذن المولى
فصل ولا يتسرى بجارية من غير اذن المولى
١٥ فصل ويجب على المولى الايتاء
باب الأداء والعجز
١٦ فصل وان حل عليه نجم وعجز عن أداء المال الخ
فصل وان حل عليه نجم ومعه متاع الخ
فصل وان قبض المال الخ
فصل فان أدى المال وعتق الخ
فصل فان باع المولى ما في ذمة المكاتب الخ
١٧ فصل اذا اجتمع على المكاتب الخ
باب الكتابة الفاسدة
فصل وان أدى ما كاتبه عليه الخ
فصل ويرجع السيد عليه

صحيفة

١٨ فصل فان كاتب عبدا صغيرا الخ
فصل وان كاتب بعض عبده الخ
فصل وان كاتب عبيدا الخ
باب اختلاف المولى والمكاتب
فصل وان وضع شيأ عنه الخ
١٩ فصل وان كان المكاتب جارية الخ
فصل وان كاتب عبدين الخ
فصل وان كاتب ثلاثة أعبد الخ
فصل وان كاتب رجلان عبدا الخ
٢٠ كتاب عتق أمهات الاولاد
٢١ فصل وان وطئ أمته الخ
فصل ويملك استخدام أم الولد
فصل وان أتت أم الولد الخ
فصل وان جنت أم الولد الخ
٢٢ فصل وان أسلمت أم ولد الخ
باب الولاء
فصل وان أعتق المكاتب عبدا
فصل وان أعتق مسلم نصرانيا الخ
فصل وان اشترك اثنان فى عتق عبد الخ
فصل ولا يثبت الولاء لغير المعتق
٢٣ فصل ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته
فصل وان مات العبد المعتق الخ
فصل وان مات العبد والمولى ميت
فصل فان أعتق عبدا ثم مات
٢٤ فصل اذا تزوج عبد لرجل الخ
فصل وان تزوج عبد رجل بأمة آخر
٢٥ فصل اذا مات رجل وخلف اثنين
كتاب الفرائض
فصل واذا مات الميت
فصل ثم يقضي دينه
فصل ثم تنفذ وصاياه
فصل ثم تنقسم التركة بين الورثة
٢٦ فصل والوارثون من الرجال عشرة
فصل ولا يرث المسلم من الكافر

صحيفة

فصل ولا يرث الحر من العبد
فصل ومن أسلم أو أعتق على ميراث
فصل واختلف أصحابنا الخ
٢٧ فصل واختلف قول الشافعي رحمه الله الخ
فصل وان طلقها فى المرض الخ
فصل وان مات متوارثان الخ
فصل وان أسر رجل أو فقد الخ
باب ميراث أهل الفرائض
٢٨ فصل وأما الام فلها ثلاثة فروض
فصل وأما الجدة الخ
فصل وأما البنت فلها النصف الخ
٢٩ فصل وأما بنت الابن فلها النصف
فصل وأما الاخت للاب والام الخ
فصل والاخوات من الاب والام مع البنات الخ
فصل وأما ولد الام الخ
فصل وأما الاب فله السدس الخ
فصل ولا ترث بنت الابن مع الابن
٣٠ فصل ولا يرث ولد الام الخ
فصل ولا يرث ولد الاب والام الخ
فصل واذا استكمل البنات الثلثين الخ
فصل ومن لا يرث ممن ذكرناه الخ
فصل وان اجتمع أصحاب فروض الخ
٣١ فصل وان اجتمع فى شخص جهتا فرض
باب ميراث العصبة
فصل وان انفرد الواحد منهم الخ
فصل وان اجتمع اثنان
فصل ولا يعصب أحد منهم
٣٢ فصل ولا يشارك أحد من العصبات
فصل وان اجتمع فى شخص
فصل وان لاعن الزوج
فصل وان كان الوارث خنثى
٣٣ فصل وان مات رجل وترك رجلا
فصل وان مات رجل ولم تكن له عصبة

صحيفة

٣٤ باب الجد والاخوة
فصل وان اجتمع مع الجد الخ
فصل وان كانت المقاسمة الخ
فصل وان اجتمع مع الجد والاخوة من له فرض
٣٥ فصل ولا يفرض للاخت مع الجد
كتاب النكاح
٣٦ فصل ولا يصح النكاح الا من جائز التصرف
فصل ومن جاز له النكاح
فصل والمستحب أن لا يتزوج الخ
فصل واذا أراد نكاح امرأة الخ
فصل ويجوز لذوى المحارم الخ
٣٧ فصل ومن تزوج امرأة الخ
باب ما يصح به النكاح
٣٨ فصل وان كانت المنكوحة أمة الخ
فصل ولا يجوز للابن الخ
فصل ولا يجوز أن يكون الولى صغيرا
٣٩ فصل وان خرج الولى الخ
فصل ويجوز للاب والجد تزويج البكر الخ
٤٠ فصل وان كانت المنكوحة أمة الخ
فصل وان كان ولى المرأة الخ
فصل وان كان الولى رجلا فى التزويج
فصل ولا يجوز للولى أن يزوج المنكوحة
فصل وان دعت المنكوحة الى غير كفء
٤١ فصل والكفاءة فى الدين الخ
فصل وان كان للمرأة وليان الخ
٤٢ فصل ويجوز لولى الصبى الخ
فصل ولا يصح النكاح الا بشاهدين الخ
٤٣ فصل واذا اختلف الزوجان الخ
فصل ولا يصح الا على زوجين معينين الخ
فصل ويستحب أن يخطب قبل العقد الخ
فصل ولا يصح العقد الا بلفظ التزويج
٤٤ فصل واذا انعقد العقد لزم الخ
باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم

صحيفة

فصل ويحرم على الرجل من جهة النسب
٤٥ فصل ويحرم عليه من جهة المصاهرة
فصل ومن حرم عليه بنكاحه الخ
فصل وان زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها
فصل ويحرم عليه أن يجمع بين أختين الخ
٤٦ فصل ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب
فصل وما حرم من النكاح الخ
فصل ومن حرم عليه نكاح امرأة الخ
فصل ويحرم على المسلم الخ
٤٧ فصل وأما غير اليهود والنصارى الخ
فصل واختلف أصحابنا فى السامرة الخ
فصل ويحرم عليه نكاح من ولد الخ
فصل ولا يحل له نكاح الامة الكتابية
٤٨ فصل ويحرم على العبد نكاح مولاته الخ
فصل ويحرم على الاب نكاح جارية ابنه
فصل ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره
فصل ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربعة نسوة
فصل ولا يجوز نكاح الشغار
٤٩ فصل ولا يجوز نكاح المتعة
فصل ولا يجوز نكاح المحلل
فصل وان تزوج بشرط الخيار
فصل ويجوز التعويض
٥٠ فصل ومن خطب امرأة
باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب
٥١ فصل والخيار فى هذه العيوب
فصل وان فسخ قبل الدخول
فصل ولا يجوز لولى المرأة
فصل وان حدث العيب
فصل اذا ادعت المرأة على الزوج
٥٢ فصل وان اختارت المقام معه
فصل وان وجدت المرأة زوجها
فصل اذا تزوجت امرأة رجلا
فصل وان كان الغرر من جهة المرأة

صحيفة
٥٣ فصل وان تزوج امرأة
فصل اذا أعتقت الامة
٥٤ فصل وان أعتقت وفسخت النكاح
فصل وان تزوج عبد مشرك
فصل اذا ملك مائة دينار
فصل وان أعتق عبد
باب نكاح المشرك
٥٥ فصل وان أسلم الحر
فصل وان مات قبل أن يختار
٥٦ فصل وان أسلم وتحته أختان
فصل وان أسلم وتحته أربع اماء
٥٧ فصل وان أسلم وعنده أربع اماء
فصل وان أسلم وعنده حرة وأمة
فصل وان أسلم عبد
فصل وان تزوج امرأة
فصل اذا ارتد الزوجان
فصل وان انتقل الكتابى
٥٨ فصل وان تزوج كتابى
فصل اذا أسلم الوثنيان
كتاب الصداق
٥٩ فصل ويجوز أن يكون الصداق قليلا
فصل ويجوز أن يكون الصداق دينا
فصل ويجوز أن يكون منفعة
فصل فان تزوج كافر
٦٠ فصل وان أعتق رجل أمته
فصل ويثبت فى الصداق
فصل وتملك المرأة المسمى بالعقد
٦١ فصل فان كان الصداق عينا
فصل ويستقر الصداق بالوطء
فصل وان وقعت فرقة
٦٢ فصل وان قتلت المرأة نفسها
فصل ومتى ثبت الرجوع فى النصف
٦٣ فصل وان كان الصداق عينا

صحيفة
٦٤ فصل اذا طلقت المرأة قبل الدخول
فصل وان فوضت بضعها
٦٥ فصل ويعتبر مهر المثل
فصل واذا أعسر الرجل بالمهر
فصل اذا زوج الرجل ابنه
فصل وان تزوج العبد باذن المولى
٦٦ باب اختلاف الزوجين فى الصداق
فصل وان اختلفا فى قبض المهر
فصل وان اختلفا فى الوطء
فصل وان أسلم الزوجان
فصل وان أصدقها عينا
فصل واذا وطئ امرأة
٦٧ فصل وان وطئ امرأة
فصل وان وطئ المرتهن
باب المتعة
٦٨ فصل والمستحب أن تكون المتعة
باب الوليمة والنثر
فصل ومن دعى الى وليمة
فصل وان دعى الى موضع
٦٩ فصل ومن حضر الطعام
باب عشرة النساء والقسم
فصل وان كانت الزوجة
٧٠ فصل ويجوز للزوج
فصل وللزوج منع الزوجة
فصل ويجب على الزوج
فصل ولا يجوز وطؤها فى الدبر
٧١ فصل ويكره العزل
فصل وتجب على المرأة معاشرة الزوج
فصل ولا يجب عليها خدمته
فصل وان كان له امرأتان
فصل ويقسم المريض والمجبوب
فصل وان سافرت المرأة
فصل وان اجتمع عنده حرة وأمة

صحيفة

فصل وعماد القسم الليل
٧٢ فصل والاولى أن يطوف
فصل و يستحب لمن قسم
فصل ولا يجوز أن يخرج
فصل وان تزوج امرأة
٧٣ فصل وان أراد السفر
فصل و يجوز للمرأة
٧٤ فصل وان كان له اماء
باب النشوز
فصل وان ظهرت من الرجل
٧٥ كتاب الخلع
فصل ولا يجوز للاب
٧٦ فصل ولا يجوز للسفيهة
فصل و يصح الخلع مع غير الزوجة
فصل و يجوز الخلع فى الحيض
فصل و يصح الخلع بلفظ الخلع
٧٧ فصل و يصح الخلع منجزا
فصل و يجوز الخلع بالقليل والكثير
فصل وان خالعها خلعا منجزا
٧٨ فصل و يجوز رد العوض
فصل ولا يجوز الخلع على محرم
فصل فاذا خالع امرأته
فصل وان طلقها بدينار
٧٩ فصل وان كانت المرأة فى الخلع
فصل واذا خالع امرأة
٨٠ باب جامع فى الخلع
فصل وان قالت طلقنى ثلاثا
٨١ فصل وان قال أنت طالق على ألف
فصل وان قال أنت طالق وعليك ألف
فصل اذا قال ان دفعت الى ألف درهم
فصل وان قال ان أعطيتنى عبدا
فصل وان اختلف الزوجان
٨٢ فصل وان قال خالعتك
كتاب الطلاق

صحيفة

٨٣ فصل وأما المكره فصل وان قال الاعجمى
فصل و يملك الحر ثلاث تطليقات
فصل و يقع الطلاق على أربعة أوجه
فصل وأما المحرم فهو طلاق البدعة
٨٤ فصل وأما المكروه
فصل واذا أراد الطلاق
٨٥ فصل و يجوز أن يفوض الطلاق
فصل وتصح اضافة الطلاق الى المرأة
فصل و يجوز اضافة الطلاق الى الزوج
باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع
فصل والصريح ثلاثة ألفاظ
٨٦ فصل قال فى الاملاء
فصل وأما الكناية
فصل واختلف أصحابنا
٨٧ فصل وأما ما لا يشبه الطلاق
فصل واختلف أصحابنا
فصل واختلفوا فيمن قال لامرأته
فصل اذا قال لامرأته اختارى
فصل اذا قال لامرأته أنت على حرام
٨٨ فصل اذا كتب طلاق امرأته
فصل فان أشار الى الطلاق
باب عدد الطلاق والاستثناء فيه
٨٩ فصل وان قال أنت وأشار بثلاث أصابع
فصل وان قال أنت طالق واحدة
فصل وان قال أنت طالق طلقة
فصل وان قال لغير المدخول بها
٩٠ فصل وان قال للمدخول بها
فصل وان قال أنت طالق بعض طلقة
فصل وان كان له أربع نسوة
٩١ فصل وان قال أنت طالق ملء الدنيا
فصل وان قال أنت طالق أشد الطلاق
فصل وان قال للمدخول بها
فصل وان قال لها أنت طالق
فصل وان قال لغير المدخول بها

صحيفة	
	فصل اذا قال لامرأته
	فصل و يصح الاستثناء فى الطلاق
٩٢	فصل و يصح الاستثناء من الاستثناء
	فصل وان قال أنت طالق ثلاثا
	فصل وان قال امرأتى طالق
	فصل ولا يصح الاستثناء فى جميع ماذكرناه
٩٣	فصل اذا قال يازانية
	فصل وان طلق بلسانه
	باب الشرط فى الطلاق
	فصل والالفاظ التى الخ
٩٤	فصل وان كانت له امرأة الخ
	فصل وان قال ان قدم فلان الخ
٩٥	فصل وان قال أنت طالق أحسن الطلاق الخ
	فصل وان قال لها وهى حائض الخ
	فصل وان قال أنت طالق ثلاثا الخ
	فصل وان قال ان حضت الخ
٩٦	فصل وان قال لامرأتين ان حضتما الخ
	فصل وان قال لأربع نسوة ان حضتن
	فصل وان قال لهن كلما حاضت الخ
	فصل وان قال لامرأته الخ
٩٧	فصل اذا قال لامرأته ان ولدت الخ
٩٨	فصل واذا قال للمدخول بها الخ
	فصل وان قال اذا وقع عليك الخ
	فصل وان قال لغير المدخول بها الخ
	فصل وان قال متى لم أطلقك الخ
٩٩	فصل وان قال ان حلفت الخ
	فصل واذا كان له أربع نسوة الخ
١٠٠	فصل اذا كان له أربع نسوة فقال الخ
	فصل وان كان له امرأتان الخ
	فصل وان قال لها أنت طالق الى شهر الخ
	فصل وان قال أنت طالق فى شهر رمضان
١٠١	فصل وان قال أنت طالق اليوم الخ
	فصل اذا قال اذا رأيت هلال رمضان
	فصل اذا قال اذا مضت سنة الخ
١٠٢	فصل وان قال أنت طالق فى الشهر الماضى
	فصل وان قال ان قدم زيد الخ
	فصل وان قال أنت طالق قبل موتى الخ
	فصل وان قال أنت طالق فى اليوم الذى الخ
	فصل وان قال ان لم أطلقك اليوم الخ
	فصل اذا تزوج بجارية أبيه الخ
١٠٣	فصل اذا كتب اذا أتاك كتابى هذا الخ
	فصل وان قال ان قدم فلان الخ
	فصل وان قال ان تزوجت الا باذنى الخ
١٠٤	فصل وان قال لها ان حالفت أمرى الخ
	فصل اذا قال لامرأته ان كلمت الخ
	فصل وان قال ان رأيت فلانا الخ
	فصل وان كانت فى ماء جار الخ
	فصل وان قال من بشرتنى الخ
	فصل وان قال أنت طالق ان شئت
١٠٥	فصل وان قال ان كلمتك الخ
	فصل وان قال أنت طالق ان ركبت الخ
	فصل وان قال أنت طالق ان دخلت الدار الخ
	فصل وان قال ان دخلت الدار الخ
١٠٦	فصل اذا قال لزوجته الخ
	فصل وان كانت له زوجتان الخ
	فصل اذا قال لامرأته
١٠٧	فصل اذا علق طلاق امرأته الخ
	فصل وان علق الطلاق على صفة الخ
	باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين فيه
	فصل وان كانت له امرأتان الخ
١٠٨	فصل وان طلق احدى المرأتين الخ
	فصل وان ماتت الزوجتان الخ
	فصل وان طلق احدى زوجتيه الخ
١٠٩	فصل وان كانت له زوجتان حفصة الخ
	فصل وان رأى طائرا
	فصل وان طار طائر

صحيفة

فصل اذا اختلف الزوجان
فصل وان خيرها
١١٠ فصل واذا قال لها أنت طالق
فصل وان قال أنت طالق
فصل وان قال ان كان هذا الطائر
باب الرجعة
فصل ويجوز أن يطلق الرجعية
١١١ فصل وتصح الرجعة
فصل وهل يجب الاشهاد عليها
فصل ولا يجوز تعليقها على شرط
فصل وان اختلف الزوجان
١١٢ فصل فان طلقها
فصل اذا تزوجت الرجعية
فصل اذا طلق الحر امرأته
فصل فان رآها رجل أجنبي
١١٣ فصل وان كانت المطلقة أمة
فصل وان طلق امرأته ثلاثا
فصل وان تزوجت المطلقة ثلاثا
فصل اذا عادت المطلقة ثلاثا
كتاب الايلاء
فصل ولا يصح الايلاء الا بالله
١١٤ فصل ولا يصح الايلاء الا على ترك الوطء
فصل وان قال والله الخ
١١٥ فصل ولا يصح الايلاء الا في مدة
فصل وان قال والله لا وطئتك
فصل وان قال ان وطئتك
فصل وان علق الايلاء
١٠٦ فصل وان قال والله لا وطئتك في هذا البيت
فصل وان قال لاربع نسوة
١١٧ فصل وان كانت له امرأتان
فصل واذا صح الايلاء
فصل اذا طلقها في مدة التربص
فصل وان وطئها وهناك مانع
١١٨ فصل وان لم يطلقها

صحيفة

فصل وان وطئها في الفرج
١١٩ فصل وان طلق
فصل وان انقضت المدة وهناك الخ
١٢٠ فصل وان انقضت المدة وهو غائب
فصل وان انقضت المدة وهو محرم
فصل وان انقضت المدة وهو مظاهر
فصل وان انقضت المدة فادعى أنه عاجز
فصل وان آلى المجبوب
فصل وان اختلف الزوجان
كتاب الظهار
فصل وان قال أنت علي كظهر أمي
١٢١ فصل وان قال أنت عندي
فصل وان قال أنت علي كأمي
فصل وان قال أنت طالق
فصل و يصح الظهار مؤقتا
١٢٢ فصل ويجوز تعليقه بشرط
فصل وان قالت الزوجة
فصل واذا صح الظهار
فصل وان تظاهر من رجعية
فصل وان كانت الزوجة أمة
١٢٣ فصل وان كان الظهار مؤقتا
فصل وان تظاهر من أربع نسوة
فصل واذا وجبت الكفارة
باب كفارة الظهار
١٢٤ فصل وان اختلف حاله
فصل ولا يجزئ في شيء من الكفارات
فصل ولا يجزئ الا رقبة
فصل وان كان أعرج
١٢٥ فصل و يجزئ الاجدع
فصل ولا يجزئ عبد مغصوب
فصل ولا يجزئ عتق أم الولد
فصل وان اشترى من يعتق عليه
فصل وان كان بينه و بين آخر
١٢٦ فصل اذا قال لغيره

صحيفة	
	فصل وان لم يجد رقبة
	فصل وان دخل في الصوم
	فصل وان لم يقدر على الصوم
١٢٧	فصل ويجب ذلك من الحبوب
	فصل ولا يجوز الدقيق
	فصل ولا يجوز أن يدفع الواجب
	فصل ولا يجوز أن يدفع الى مكاتب
	فصل ولا يجوز أن يكفر عن الظهار
	فصل ولا يجوز شيء من الكفارات
١٢٨	فصل وان كان المظاهر كافرا
	كتاب اللعان
	فصل ومن قذف امرأته
	فصل وان عفت الزوجة عن الحد
١٢٩	فصل وان كانت الزوجة أمة
	باب ما يلحق من النسب ومالا يلحق وما يجوز نفيه باللعان ومالا يجوز
	فصل وان كان الزوج صغيرا
	فصل وان لم يمكن اجتماعهما
١٣٠	فصل وان أتت بولد
	فصل وان كانت له زوجة
	فصل وان أتت امرأته بولد
١٣١	فصل وان جاءت امرأة
	فصل اذا تزوج امرأة
	فصل وان وطئ زوجته
	فصل وان أتت امرأته بولد أسود
	فصل وان أتت امرأته بولد وكان يعزل
١٣٢	فصل اذا قذف زوجته
	فصل وان ادعى انه لم يعلم بالولادة الخ
	فصل وان هنأه رجل
	فصل وان كان الولد حملا
	فصل اذا أتت امرأته بولدين
١٣٣	فصل وان لاعنها على حمل
	فصل وان قذف امرأته بزنا

صحيفة	
	فصل وان أبانها
	فصل وان قذف امرأته وانتفى الخ
	فصل وان قذف امرأته في نكاح
	فصل وان ملك أمة لم تصر فراشا
١٣٤	فصل اذا قذف امرأته بزناءين
	باب من يصح لعانه فصل وان كان أعجميا
	فصل ولا يصح اللعان
	فصل واللعان أن يقول الزوج الخ
١٣٥	فصل والمستحب أن يكون اللعان الخ
١٣٦	فصل واذا أراد اللعان
	فصل ويبدأ بالزوج
	فصل وان لاعن الخ
	فصل وان كان القذف الخ
	فصل واذا لاعن الزوج الخ
١٣٧	فصل وان نفى باللعان الخ
	فصل ويجب على المرأة الخ
	فصل وان كان اللعان الخ
	فصل وللمرأة أن تدرأ الخ
	فصل اذا لاعن الزوج الخ
	فصل وان مات الزوج الخ
	فصل اذا قذف امرأته
	فصل اذا قذفها ثم تلاعنا الخ
١٣٨	كتاب الايمان * باب من تصح يمينه الخ
	فصل ويصح اليمين الخ
	فصل وتكره اليمين الخ
١٣٩	فصل وتجوز اليمين الخ
	فصل وان قال على عهد الله الخ
	فصل وان قال بالله لا فعلن كذا الخ
١٤٠	فصل وان قال لعمر الله الخ
	فصل وان قال أقسمت بالله الخ
١٤١	فصل وان قال أسألك بالله الخ
	فصل اذا قال والله لا فعلن كذا الخ
	باب جامع الايمان
١٤٢	فصل وان حلف لا يساكن فلانا الخ

صحيفة

فصل وان حلف لا يدخل دارا الخ
فصل وان حلف لا يدخل دار زيد الخ
فصل وان حلف لا يدخل هذه الدار الخ
فصل وان حلف لا يدخل هذه الدار من هذا الباب
فصل وان حلف لا يدخل بيتا الخ
١٤٣ فصل وان حلف لا يأكل هذه الحنطة
فصل وان حلف لا يشرب هذا السويق
فصل وان حلف لا يأكل اللحم الخ
١٤٤ فصل وان حلف لا يأكل الرؤس الخ
فصل وان حلف لا يأكل البيض
فصل وان حلف لا يأكل اللبن الخ
١٤٥ فصل وان حلف لا يأكل السمن
فصل وان حلف لا يأكل ادما الخ
فصل وان حلف لا يأكل الفاكهة
فصل وان حلف لا يأكل بسرا
فصل وان حلف لا يأكل قوتا
فصل وان حلف لا يأكل طعاما الخ
فصل وان حلف لا يشرب الماء
فصل وان حلف لا يشم الريحان الخ
فصل وان حلف لا يلبس شيأ الخ
١٤٦ فصل وان كان معه رداء الخ
فصل وان حلف لا يلبس حليا
فصل وان من عليه رجل الخ
فصل وان حلف لا يضرب امرأته
فصل وان حلف لا يهب له الخ
١٤٧ فصل وان حلف لا يتكلم الخ
فصل وان حلف لا يسلم على فلان الخ
فصل وان حلف لا يصوم الخ
فصل وان قال والله لا تسريت الخ
١٤٨ فصل وان حلف أنه لا مال له الخ
فصل وان حلف أنه لا يملك عبدا الخ
فصل وان حلف لا يرفع منكرا الخ
فصل وان حلف لا يكلم فلانا الخ

صحيفة

فصل وان حلف لا يستخدم فلانا الخ
فصل وان حلف لا يدخل دارين الخ
١٤٩ فصل وان حلف لا يأكل طعاما الخ
فصل وان حلف لا يدخل دار زيد الخ
فصل وان حلف ليأكلن هذا الرغيف
١٥٠ فصل وان كان له على رجل حق الخ
فصل وان حلف لا يفارقه الخ
باب كفارة اليمين
فصل والكفارة الخ
١٥١ فصل وان أراد أن يكفر بالعتق الخ
فصل وان أراد أن يكفر بالكسوة الخ
فصل وان أراد أن يكفر بالصيام
فصل وان كان الحالف عبدا الخ
١٥٢ كتاب العدد
فصل وان وجبت العدة الخ
فصل فان كانت المعتدة الخ
١٥٣ فصل وأقل ما يمكن الخ
فصل وان كانت من ذوات الاقراء الخ
١٥٤ فصل وان كانت ممن لا تحيض ولا يحيض مثلها الخ
فصل وان كانت ممن لا تحيض ولكنها في سن الخ
فصل واذا شرعت الصغيرة الخ
فصل وان كانت المطلقة أمة
١٥٥ فصل وان أعتقت الامة الخ
فصل وان وطئت امرأة الخ
فصل ومن مات عنها زوجها الخ
فصل وان طلق احدى امرأتيه
١٥٦ فصل اذا فقدت المرأة زوجها
فصل وان رجع المفقود الخ
باب مقام المعتدة والمكان الذي تعتد فيه
١٥٧ فصل وان أراد الزوج بيع الدار الخ
فصل وان حجر على الزوج الخ
فصل وان طلقت وهي في مسكن لها الخ

صحيفة	
	فصل وان مات الزوج
	فصل وان توفى عنها زوجها الخ
١٥٨	فصل وان أمر الزوج امرأته الخ
	فصل وان أذن لها فى السفر الخ
	فصل اذا أحرمت بالحج الخ
	فصل ولا يجوز للمبتوتة
	فصل وان بذت على أهل زوجها
١٥٩	باب الاحداد
	فصل ومن لزمها الاحداد
	فصل ويحرم عليها أن تختضب الخ
١٦٠	فصل ويحرم عليها أن تتطيب الخ
	فصل ويحرم عليها لبس الحلى الخ
	فصل ويحرم عليها لبس ما صبغ من الثياب
	باب اجتماع العدتين
١٦١	فصل اذا تزوج رجل امرأة
	فصل اذا طلق زوجته
١٦٢	فصل اذا خالع امرأته
	فصل اذا طلق امرأته
	فصل وان تزوج عبد أمة
	فصل واذا خلا الرجل بامرأته
١٦٣	فصل وان اختلفا فى انقضاء العدة
	فصل وان طلقها فقالت المرأة طلقنى الخ
	فصل وان طلقها وولدت الخ
	فصل فان أذن لها فى الخروج الخ
	باب استبراء الامة وأم الولد
١٦٤	فصل وان ملكها وهى مجوسية الخ
	فصل وان ملك أمة وهى زوجته الخ
	فصل وان كانت أمته ثم رجعت اليه
	فصل ومن وجب استبراؤها الخ
١٦٥	فصل ومن ملك أمة الخ
	فصل وان أعتق أم ولده الخ
	فصل وان كانت بين رجلين الخ
	فصل اذا استبرأ أمته الخ

صحيفة	
١٦٦	كتاب الرضاع
	فصل وتنتشر حرمة الرضاع الخ
	فصل ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع الخ
	فصل ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات
١٦٧	فصل وان شكت المرضعة الخ
	فصل ويثبت التحريم بالوجور الخ
	فصل وان حلبت لبنا الخ
	فصل وان جبن اللبن الخ
١٦٨	فصل فان خلط اللبن الخ
	فصل فان شرب لبن امرأة ميتة الخ
	فصل ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة الخ
	فصل فان ثار للبكر لبن الخ
	فصل اذا ثار لها لبن الخ
	فصل وان وطئ رجلان امرأة
١٦٩	فصل وان أتت امرأته بولد
	فصل وان كان لرجل خمس أمهات
	فصل وان كان لرجل زوجة صغيرة
	فصل ومن أفسد نكاح امرأة الخ
١٧٠	فصل اذا ارتضعت الصغيرة الخ
	كتاب النفقات * باب نفقة الزوجات
	فصل وان سلمت الى الزوج الخ
١٧١	فصل وان سلمت اليه الخ
	فصل وان انتقلت المرأة الخ
	فصل وان أحرمت بالحج الخ
	فصل وان منعت نفسها باعتكاف الخ
	فصل وان منعت نفسها بالصوم
	فصل وان منعت نفسها بالصلاة الخ
	فصل وان كان الزوجان كافرين الخ
١٧٢	فصل وان كانت الزوجة أمة الخ
	باب قدر النفقة
	فصل وتجب النفقة عليه
	فصل ويجب لها الادم الخ

صحيفة

١٧٣ فصل ويجب لها ما تحتاج اليه الخ
فصل ويجب لها الكسوة الخ
فصل ويجب لها ملحفة الخ
فصل ويجب لها مسكن الخ
فصل وان كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها
فصل وان كان الخادم مملوكا لها الخ
١٧٤ فصل ويجب أن يدفع اليها نفقة كل يوم
فصل وان دفع اليها نفقة يوم فبانت
فصل وان قبضت كسوة فصل الخ
باب الاعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها
فصل وان لم يجد الا نفقة يوم
١٧٥ فصل وان كان الزوج موسرا الخ
فصل اذا ثبت لها الفسخ بالاعسار
فصل وان اختارت المقام الخ
فصل وان اختارت الفسخ
فصل اذا وجد التمكين الخ
فصل اذا اختلف الزوجان
١٧٦ باب نفقة المعتدة
فصل اذا وجبت النفقة للحمل الخ
فصل فان تزوج امرأة الخ
فصل وان نكح امرأة
١٧٧ فصل وان كانت الزوجة معتدة الخ
فصل اذا حبست زوجة المفقود
باب نفقة الاقارب
١٧٨ فصل ولا تجب نفقة القريب الا على موسر
فصل ولا يستحق القريب النفقة على قريبه
فصل فان كان للذى يستحق النفقة أب
فصل وان كان الذى تجب عليه النفقة يقدر
١٧٩ فصل ومن وجبت عليه نفقته
فصل وان كان له أب فقيرا الخ
فصل وان احتاج الولد الى الرضاع الخ
١٨٠ فصل ويجب على المولى نفقة عبده
فصل ولا يكلف عبده وأمته الخ

صحيفة

فصل ومن ملك بهيمة
١٨١ فصل وان امتنع من الانفاق الخ
باب الحضانة
فصل ولا تثبت الحضانة لرقيق الخ
فصل ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال
فصل وان اجتمع النساء دون الرجال الخ
١٨٢ فصل وان اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة
فصل وان اجتمع الرجال والنساء
١٨٣ فصل وان عدم الامهات والآباء
فصل وان افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين
١٨٤ فصل وان افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما الخ
كتاب الجنايات
باب تحريم القتل
فصل ويجب القصاص بجناية العبد
١٨٥ فصل ولا يجب القصاص على صبي الخ
فصل ويقتل المسلم بالمسلم
فصل ولا يجب القصاص على المسلم الخ
فصل وان قتل مرتد ذميا
١٨٦ فصل وان حبس السلطان مرتدا
فصل ولا يجب القصاص على الاب
فصل ويقتل الابن بالاب
فصل وان قتل مسلم ذميا
فصل وتقتل الجماعة بالواحد
١٨٧ باب ما يجب به القصاص من الجنايات
١٨٨ فصل وان ضربه بمثقل
فصل وان طرحه فى نار
فصل وان حبسه
فصل وان كتف رجلا
فصل وان سقاه سما
١٨٩ فصل وان قتله بسحر
فصل وان أكره رجل على قتل رجل
فصل وان شهد شاهدان
باب القصاص فى الجروح والاعضاء

صحيفة

- ١٩٠ فصل ومن لا يقاد بغيره
- فصل وان اشترك جماعة
- فصل والقصاص فيما دون النفس
- فصل وان كانت الجناية موضحة
- فصل وان كانت الجناية هاشمة
- ١٩١ فصل وأما الاطراف
- فصل و يؤخذ الجفن بالجفن
- فصل و يؤخذ الانف الخ
- فصل وتؤخذ الاذن الخ
- ١٩٢ فصل وتؤخذ الشفة الخ
- فصل و يؤخذ السن الخ
- فصل و يؤخذ اللسان الخ
- فصل وتؤخذ اليد الخ
- ١٩٣ فصل ولا تؤخذ يد صحيحة الخ
- فصل ولا تؤخذ يد كاملة
- فصل ولا يؤخذ أصلى بزائد
- ١٩٤ فصل وان قطع من له يد صحيحة
- فصل ولا تؤخذ يد ذات أظفار
- فصل فان قطع أصبع الخ
- فصل وتؤخذ الاليتان الخ
- فصل و يقطع الذكر بالذكر
- فصل و يقطع الانثيان
- فصل واختلف أصحابنا فى الشفرين
- فصل وان قطع رجل ذكر خنثى
- ١٩٥ فصل وما وجب فيه القصاص
- فصل ما انقسم من الاعضاء
- فصل وان جنى على رجل
- فصل وان قتل واحد جماعة
- فصل وان قطع يد رجل
- ١٩٦ فصل وان قتل رجلا
- باب استيفاء القصاص
- ١٩٧ فصل وان قتل رجل
- فصل ولا يجوز استيفاء القصاص
- ١٩٨ فصل وان كان القصاص على امرأة

صحيفة

- فصل وان كان القصاص فى الطرف
- فصل وان قلع سن صغير
- ١٩٩ فصل اذا قتل بالسيف
- فصل وان أوضح رأسه بالسيف
- فصل وان جنى عليه جناية
- ٢٠٠ فصل وان وجب له القصاص
- فصل وان اقتص من الطرف
- فصل واذا وجب له القصاص
- فصل اذا اقتص فى الطرف
- ٢٠١ فصل من وجب عليه قتل
- فصل ومن وجب عليه قصاص
- باب العفو عن القصاص
- فصل فان كان القصاص لصغير
- ٢٠٢ فصل وان كان القصاص لجماعة
- فصل وان وكل من له القصاص
- فصل فان جنى على رجل
- فصل وان قطع أصبع رجل
- ٢٠٣ فصل فان جنى جناية
- فصل اذا قطع يد رجل
- ٢٠٤ كتاب الديات باب من تجب الدية بقتله الخ فصل وان قطع طرف مسلم
- فصل وان قطع يد مرتد
- فصل وان أرسل سهما
- فصل وان قتل مسلما
- فصل وتجب الدية
- ٢٠٥ فصل وتجب على الجماعة
- فصل وتجب الدية بالاسباب
- فصل وان أكره رجل
- فصل وان طرح رجلا
- فصل وان شد يديه
- فصل وان سلم صبيا
- فصل وان كان الصبى
- ٢٠٦ فصل وان بعث السلطان
- فصل وان طاب رجل

صحيفة

- فصل وان رماه من شاهق
- فصل اذا زنى بامرأة
- فصل وان حفر بئرا
- ٢٠٧ فصل وان أخرج جناحا
- فصل وان كان معه دابة
- فصل وان اصطدم فارسان
- فصل وان وقف رجل فى ملكه
- ٢٠٨ فصل فان اصطدمت سفينتان
- فصل اذا كان فى السفينة متاع
- فصل فان رمى عشرة أنفس
- ٢٠٩ فصل واذا وقع رجل
- فصل وان تجارح رجلان
- باب الديات
- ٢١٠ فصل وتجب الدية
- فصل وان أعوزت الابل
- ٢١١ فصل ودية اليهودى
- فصل ودية المرأة
- فصل ودية الجنين
- ٢١٢ فصل ولا يقبل فى الغرة الخ
- باب أروش الجنايات
- فصل والذى يجب فيه أرش مقدر
- ٢١٣ فصل و يجب فى الهاشمة
- فصل و يجب فى المنقلة
- فصل و يجب فى المأمومة
- فصل وان شج رأس رجل
- فصل وأما الشجاج
- ٢١٤ فصل وأما الجروح
- فصل وان طعن وجنته
- فصل وان خاط الجائفة
- فصل وان أدخل خشبة
- فصل وان أذهب بكارة امرأة
- ٢١٥ فصل وأما الاعضاء
- فصل فان جنى على عينيه
- فصل وان جنى على عين صبى

صحيفة

فصل وان جنى على عين فشخصت
فصل ويجب فى الجفون الدية
٢١٦ فصل ويجب فى الاذنين الدية
فصل ويجب فى السمع الدية
فصل ويجب فى مارن الانف الدية
٢١٧ فصل ويجب باتلاف الشم الدية
فصل وان جنى على رجل
فصل ويجب فى الشفتين الدية
فصل ويجب فى اللسان الدية
٢١٨ فصل وان قطع ربع لسانه
فصل وان كان لرجل لسان
٢١٩ فصل وان جنى على لسانه
فصل وان قطع لسان أخرس
فصل وان قطع لسان رجل
فصل ويجب فى كل سن
٢٢٠ فصل وان قلع سنا
فصل واذا قلع اسنان رجل
فصل اذا قلع سن صغير
فصل ويجب فى اللحيين
٢٢١ فصل ويجب فى اليدين الدية
فصل وان جنى على يد
فصل ويجب فى الرجلين الدية
فصل ويجب فى قدم الاعرج
فصل واذا كسر الساعد
٢٢٢ فصل وان كان لرجل كفان
فصل ويجب فى الاليتين الدية
فصل وان كسر صلبه
فصل ويجب فى الذكر الدية
٢٢٣ فصل ويجب فى الانثيين الدية
فصل وما اشترك فيه الرجل والمرأة
فصل ويجب فى ثديى المرأة الدية
فصل ويجب فى اسكتى المرأة الخ
فصل قال الشافعى اذا وطئ امرأة
٢٢٤ فصل ولا يجب فى اتلاف الشعور

صحيفة

فصل ويجب فى تعويج الرقبة
فصل وان لطم رجلا
فصل اذا جنى على حر
٢٢٥ فصل وان لم تحصل بالجناية
فصل وان جنى على رجل جناية
فصل ويجب فى قتل العبد
فصل وان قطع يد عبد
فصل وان فقأ عينى عبد
٢٢٦ فصل وان قطع حر يد عبد فاعتق
فصل وان قطع حر يد عبد ثم اعتق
فصل وان قطع حر يد عبد فاعتق
٢٢٧ فصل اذا ضرب بطن مملوكة
باب العاقلة وما تحمله من الديات
فصل وان قتل عبدا خطأ
فصل ومن قتل نفسه
فصل وما يجب بخطأ الامام
٢٢٨ فصل وما يجب بجناية العمد
فصل والعاقلة هم العصبات
٢٢٩ فصل ولا يعقل مسلم عن كافر
فصل ولا يعقل صبى
فصل ولا يعقل فقير
٢٣٠ فصل واذا أراد الحاكم قسمة الدية
فصل وان جنى حر على عبد
٢٣١ باب اختلاف الجانى وولى الدم
فصل اذا وجب له القصاص
فصل اذا اشترك ثلاثة
فصل اذا قد رجلا ملفوفا
فصل وان جنى على عضو
فصل اذا أوضح رأس رجل
٢٣٢ فصل وان قطع رجل يدى رجل
فصل وان قطع يد رجل ومات الخ
فصل وان قطع يد رجل ومات الخ
فصل وان جنى عليه جناية
فصل اذا جنى على رجل جناية

صحيفة

فصل وان ادعى المجنى عليه ذهاب شمه
٢٣٣ فصل وان كسر صلب رجل
فصل وان اصطدمت سفينتان
فصل اذا ضرب بطن امرأة تقص
فصل وان اختلفا الخ
فصل وان ادعى رجل على رجل قتلا
فصل اذا اسلم من عليه الدية الابل
باب كفارة القتل
٢٣٤ فصل والكفارة عتق رقبة
كتاب قتال أهل البغى
فصل اذا خرجت على الامام طائفة
٢٣٥ فصل ولا يتبع فى القتال مدبرهم
٢٣٦ فصل ولا يقتل أسيرهم
فصل ولا يجوز قتالهم بالنار
فصل وان اقتتل فريقان
فصل ولا يجوز أخذ مالهم
فصل وان أتلف أحد الفريقين
فصل وان استعان أهل البغى
٢٣٧ فصل وان ولوا فيما استولوا عليه
فصل وان استولوا على بلد
فصل وان أظهر قوم رأى الخوارج
٢٣٨ فصل وان خرجت على الامام الخ
فصل وان خرجت طائفة
باب قتل المرتد
فصل اذا ارتد الرجل
٢٣٩ فصل واذا تاب المرتد
فصل وان ارتد ثم أقام على الردة
فصل اذا ارتد وله مال
٢٤٠ فصل وان ارتد وعليه دين
فصل ولا يجوز استرقاقه
فصل وان ارتدت طائفة
فصل ومن أتلف منهم نفسا
٢٤١ فصل للسحر حقيقة
باب صول الفحل

صحيفة

فصل واذا أمكنه الدفع
٢٤٢ فصل وان وجد رجلا يزنى بامرأته
فصل وان صالت عليه بهيمة
فصل فان اطلع رجل أجنبي
فصل واذا دخل رجل داره
فصل اذا أفسدت ماشيته
٢٤٣ فصل وان مرت بهيمة
كتاب السير
فصل والجهاد فرض
فصل ويستحب الاكثار منه
٢٤٤ فصل وأقل ما يجزئ فى كل سنة مرة
فصل ولا يجاهد أحد عن أحد
فصل ولا يجب الجهاد على المرأة
فصل ولا يجب على الصبى
فصل ولا يجب على الاعمى
٢٤٥ فصل ولا يجب على الفقير
فصل ولا يجب على من عليه دين
فصل وان كان أحد أبويه مسلما
٢٤٦ فصل وان أذن الغريم
فصل ويكره الغزو من غير اذن
فصل ويجب على الامام
فصل واذا أراد الخروج
٢٤٧ فصل وان كان العدو الخ
٢٤٨ فصل فان كانوا ممن الخ
فصل واذا التقى الزحفان
٢٤٩ فصل ويكره أن يقصد قتل ذى رحم
فصل ولا يجوز قتل نسائهم
فصل وأما الشيخ
٢٥٠ فصل ولا يقتل رسولهم
فصل فان تترسوا
فصل وان نصب عليهم الخ
٢٥١ فصل ويجوز قتل ما يقاتلون عليه
فصل وان احتيج الى تخريب الخ
فصل ويجوز للمسلم أن يؤمن

صحيفة

فصل وان أسر امرأة
٢٥٢ فصل ولا يختار الامام فى الاسير
٢٥٣ فصل وان رأى الامام القتل
فصل وان دعا مشرك
فصل وان غرر بنفسه
٢٥٤ فصل والسلب الخ
فصل وان حاصر قلعة
٢٥٥ فصل ومن أسلم من الكفار
فصل وان أسلم رجل
فصل وان سبى المسلم صبيا
٢٥٦ فصل وان وصف الاسلام
فصل وان سبيت امرأة
فصل وان سبى الزوجان
فصل اذا دخل الجيش
٢٥٧ فصل ويجوز أن يعلف
فصل ويجوز ذبح ما يؤكل
فصل وان أصابوا كتبا
فصل وان أصابوا خمرا
فصل وان أصابوا مباحا
فصل وان فتحت أرض عنوة
فصل وما أصاب المسلمون
٢٥٨ فصل اذا سرق بعض الغانمين
فصل وان وطئ بعض الغانمين
فصل ومن قتل فى دار الحرب
فصل وان تجسس رجل
٢٥٩ فصل اذا أخذ المشركون مال
فصل وان أسر الكفار
باب الانفال
٢٦٠ فصل وان قال الامير الخ
فصل اذا قال الامير
باب قسم الغنيمة
٢٦١ فصل فان غصب فرسا
فصل ومن حضر الحرب
فصل ولا حق فى الغنيمة

صحيفة

٢٦٢ فصل وتقدير الرضخ
فصل وان حضر أجير
فصل واذا لحق بالجيش
فصل وان خرج أمير
٢٦٣ باب قسم الخمس
فصل وأما سهم ذوى القربى
فصل وأما سهم اليتامى
فصل وأما سهم المساكين
فصل وأما سهم ابن السبيل
فصل ولا يدفع شئ من الخمس الخ
٢٦٤ باب قسم الفىء
فصل وينبغى للامام
فصل ويستحب أن يبدأ بقريش
٢٦٥ فصل ويقسم بينهم الخ
فصل ولا يعطى من الفىء صبى
٢٦٦ فصل وان كان فى الفىء أراض
باب الجزية فصل وان دخل وثنى
٢٦٧ فصل وأقل الجزية
فصل والمستحب الخ
فصل ويجوز أن يضرب الجزية
فصل وتجب الجزية
٢٦٨ فصل ويجوز أن يشترط عليهم
فصل ولا تؤخذ الجزية من صبى
فصل ولا تؤخذ الجزية من مجنون
فصل ولا تؤخذ الجزية من امرأة
٢٦٩ فصل ولا يؤخذ من العبد
فصل وفى الراهب والشيخ الفانى قولان
فصل ويثبت الامام عدد أهل الذمة
فصل وان مات الامام أو عزل
٢٧٠ باب عقد الذمة
فصل وان كان أهل الذمة الخ
٢٧١ فصل ولا يبدؤن بالسلام
فصل ويمنعون من احداث بناء

صحيفة
فصل ويمنعون من اظهار الخراج الخ
فصل ويمنعون من احداث الكنائس
٢٧٢ فصل ويجب على الامام الذب عنهم
فصل وان عقدت الذمة
فصل وان تحاكم مشركان
٢٧٣ فصل وان تزوجها على مهر
فصل ومن أتى من أهل الذمة محرما
فصل اذا امتنع الذمى
٢٧٤ فصل ولا يمكن مشرك من الاقامة
٢٧٥ فصل ولا يمكن مشرك من دخول الحرم
فصل وأما دخول ماسوى المسجد
فصل ولا يمكن حربى
٢٧٦ باب الهدنة
٢٧٧ فصل ولا يجوز عقد الهدنة
فصل وان عقد الهدنة على مالا يجوز
فصل وان عقدت الهدنة على مايجوز
٢٧٨ فصل ويجب على الامام منع الخ
فصل اذا جاءت منهم حرة
فصل وان جاءت مسلمة عاقلة
فصل فان جاءت صبية
٢٧٩ فصل وان جاءت مسلمة ثم ارتدت
فصل وان جاءت مسلمة ثم جاء زوجها
فصل فان أسلمت
فصل وان هاجرت منهم أمة
فصل وان هاجر منهم رجل
فصل ومن أتلف منهم
٢٨٠ فصل اذا انقضى أهل الهدنة
فصل وان ظهر منهم
٢٨١ فصل اذا دخل الحربى
فصل فان اقترض حربى

صحيفة
باب خراج السواد
٢٨٢ فصل ويؤخذ الخراج
كتاب الحدود باب حد الزنا
٢٨٣ فصل اذا وطئ رجل
فصل والمحصن
٢٨٤ فصل وان كان غير محصن
فصل وان زنى وهو بكر
فصل والوطء الذى يجب به الحد
فصل ولا يجب على الصبى
فصل ولا يجب على المرأة
فصل ولا يجب على من لا يعلم
٢٨٥ فصل وان وجد امرأة فى فراشه الخ
فصل وان كان أحد الشريكين
فصل وان استأجر امرأة
فصل واللواط محرم
٢٨٦ فصل ومن حرمت مباشرته
فصل ويحرم اتيان المرأة المرأة
فصل ويحرم اتيان البهيمة
فصل وان وطئ امرأة ميتة
٢٨٧ فصل ويحرم الاستمناء
باب اقامة الحد
فصل والمستحب أن يحضر الخ
٢٨٨ فصل وان أقيم الحد
فصل وان وجب التغريب
٢٨٩ فصل وان كان الحد رجما
فصل فان كان المرجوم رجلا
فصل وان هرب المرجوم
باب حد القذف
فصل اذا قذف بالغ
فصل وان قذف غير محصن
١٩٠ فصل وان قذف الوالد ولده
فصل وان رفع القاذف الى الحاكم
فصل وان قذف محصنا
فصل ولا يجب الحد الخ

صحيفة
فصل وان قال لطت
٢٩١ فصل وان قال لامرأته يازانى
فصل وان قال زنى فرجك
فصل وان أنت امرأته بولد
فصل وان قال لعربى
٢٩٢ فصل ومن لا يجب عليه الحد
فصل ومايجب بالقذف
فصل وان مات من له الحد
فصل وان جن من له الحد
فصل وان قذف جماعة
٢٩٣ فصل وان وجب حدان
فصل وان قذف أجنبيا
فصل اذا سمع السلطان
فصل اذا قذف محصنا
فصل وان عرض بالقذف
٢٩٤ فصل وان قال لمحصنة
فصل وان ادعت المرأة
باب حد السرقة
فصل ولا يجب على صبى
فصل ولا يجب فيما دون النصاب
٢٩٥ فصل ولا يجب القطع فيما سرق
٢٩٦ فصل وان نبش قبرا
فصل وان نام رجل على ثوب
فصل وان كان ماله بين يديه
فصل فان سرق ماشية
٢٩٧ فصل ولا يجب القطع الخ
فصل ولا يجب القطع حتى ينفصل الخ
فصل وان فتح مراحا
فصل فان دخل السارق
٢٩٨ فصل وان سرق الضيف
فصل ولا يجب القطع بسرقة الخ
فصل وان سرق صنما
فصل وان سرق حرا
فصل ولا يقطع فيما له فيه شبهة

صحيفة

٢٩٩ فصل وان سرق رتاج الكعبة
فصل ومن سرق من ولده
فصل وان كان له على رجل دين
فصل وان نقب المؤجر الخ
٣٠٠ فصل وان وهب المسروق الخ
فصل واذا ثبت الحد
فصل واذا وجب القطع
٣٠١ فصل وتقطع اليد
فصل وان سرق ولا يمين له
فصل واذا قطع فالسنة
فصل وان وجب عليه قطع يمينه
فصل اذا تلف المسروق
باب حد قاطع الطريق
٣٠٢ فصل وان قتل ولم يأخذ المال
فصل وان قتل وأخذ المال
فصل وان وجب عليه الحد
فصل ولا يجب على ماذكرناه الخ
فصل اذا قطع قاطع الطريق
٣٠٣ فصل وان تاب قاطع الطريق
فصل فاما الحد الخ
باب حد الخمر
٣٠٤ فصل ومن شرب مسكرا
فصل ويضرب في حد الخمر
٣٠٥ فصل والصوت الذي يضرب به
فصل ولا يقام الحد في المسجد
فصل اذا زنى دفعات باب التعزير
٣٠٦ فصل وان عزر الامام
فصل وان كان على رأس بالغ الخ
كتاب الاقضية
باب ولاية القضاء وأدب القاضي
٣٠٧ فصل ومن تعين عليه القضاء
فصل ولا يجوز أن يكون القاضي
٣٠٨ فصل ولا يجوز ولاية القضاء
فصل ويجوز ان يجعل قضاء بلد الخ

صحيفة

فصل ولا يجوز أن يعقد الخ
فصل واذا ولى القضاء
٣٠٩ فصل فاذا أذن له من ولاه
فصل ولا يجوز أن يقضي
فصل ولا يحكم لنفسه
فصل ولا يجوز أن يرتشي
٣١٠ فصل ويجوز أن يحضر الولائم
فصل ويجوز أن يعود المرضى
فصل ويكره أن يباشر البيع
فصل ولا يقضي في حال الغضب
فصل والمستحب أن يجلس
٣١١ فصل وان احتاج الى أجرياء
فصل ويستحب أن يكون له حبس
فصل وان احتاج الى كاتب
فصل ولا يتخذ شهودا معينين
٣١٢ فصل ويتخذ قوما من أصحاب المسائل
٣١٣ فصل ولا يقبل التعديل
فصل وان شهد مجهول العدالة
فصل وان ثبت عدالة الشاهد
فصل وان شهد عنده شهود
٣١٤ فصل والمستحب أن يحضر
فصل وان ولى قضاء بلد
٣١٥ فصل واذا خرج الخ
فصل والمستحب أن يبدأ
فصل ثم ينظر في أمر الاوصياء
فصل ثم ينظر في اللقطة
٣١٦ باب ما يجب على القاضي في الخصوم والشهود
فصل وعلى الحاكم
فصل ولا ينتهر خصما
٣١٧ فصل فان كان بين نفسين
باب صفة القضاء

صحيفة

٣١٨ فصل وان كانت الدعوى
٣١٩ فصل وان كان للمدعي
فصل وان قال المدعي
٣٢٠ فصل واذا علم القاضي
فصل وان سكت المدعي
فصل واذا تحاكم الى الحاكم
فصل وان حضر رجل
٣٢١ فصل ويجوز للقاضي أن يكتب
فصل ولا يقبل الكتاب الخ
فصل وان مات القاضي
فصل فان وصل الكتاب
فصل اذا ثبت عند القاضي
٣٢٢ فصل وان اجتمعت عنده محاضر
فصل اذا اتضح الحكم
فصل اذا قال القاضي حكمت
٣٢٣ باب القسمة
فصل ويجوز لهم أن يتقاسموا
فصل فان كان القاسم الخ
فصل وان كان في القسمة رد
فصل وان وقف على قوم
٣٢٤ فصل وان طلب أحد الشريكين
فصل وان كان بينهما دور
فصل فان كان بينهما دار
فصل وان كان بين ملكهما عرصة
فصل وان كان بينهما أرض مختلفة الاجزاء
٣٢٥ فصل وان كانت بينهما أرض مزروعة
فصل وان كان بينهما عبيد
فصل وان كان بينهما منافع
٣٢٦ فصل وينبغي للقاسم
فصل واذا ترافع الشريكان
فصل اذا تقاسما أرضا
٣٢٧ فصل وان تنازع الشريكان
فصل اذا اقتسما أرضا ثم الخ

صحيفة

فصل اذا قسم الوارثان التركة

باب الدعوى والبينات

٣٢٨ فصل وان ادعى عليه مالا

فصل وان ادعى على رجل دينا

فصل وان تداعيا عينا

فصل وان كان لكل واحد منهما بينة

فصل وان كانت بينة أحدهما شاهدين

٣٢٩ فصل وان كانت العين فى يد غيرهما

فصل اذا ادعى رجل دارا

فصل وان ادعى رجل على رجل

٣٣٠ فصل اذا ادعى جارية

فصل اذا ادعى رجل أن هذه الدار الخ

فصل وان كان فى يد رجل دار وادعى رجل أنه ابتاعها

فصل وان كان فى يد رجل دار فادعاها رجل

فصل وان تداعى رجلان دارا

فصل اذا ادعى رجل أنه ابتاع دارا

٣٣١ فصل وان ادعى رجل أنه ابتاع هذه الدار

فصل وان كان فى يد رجل دار الخ

فصل وان ادعى رجل ملك عبد

٣٣٢ فصل قال فى الام اذا قال لعبده

فصل وان اختلف المتبايعان

فصل اذا ادعى رجلان دارا فى يد رجل

٣٣٣ فصل وان ادعى رجلان دارا فى يد ثالث

فصل اذا مات رجل وخلف ابنا مسلما الخ

فصل وان مات رجل وخلف ابنين

٣٣٤ فصل وان مات رجل وله ابن حاضر

فصل وان ماتت امرأة وابنها

فصل وان مات رجل وله دار

فصل وان تداعى رجلان حائطا

فصل وان تداعى صاحب السفل

٣٣٥ فصل وان تداعى رجلان مسناة

فصل وان تداعى رجلان دابة

فصل وان كان فى يد رجل عبد

فصل وان تداعى الزوجان

فصل ومن وجب له حق على رجل

٣٣٦ باب اليمين فى الدعاوى

فصل وان كان المدعى جماعة

٣٣٧ فصل فاما اذا لم يكن لوث

فصل وان ادعى القتل على اثنين

٣٣٨ فصل واللوث الذى يثبت لاجله اليمين

فصل وان شهد واحد انه قتله

٣٣٩ فصل وان شهد شاهدان

فصل وان كانت الدعوى فى الجناية

٣٤٠ فصل فان كانت الدعوى فى قتل عبد

فصل وان قتل مسلم وهناك لوث

فصل ومن توجهت عليه يمين

فصل والتغليظ قد يكون بالزمان

٣٤١ فصل ولا يصح اليمين فى الدعوى

فصل وان حلف على فعل نفسه

فصل وان ادعى عليه دين

فصل وان كان لجماعة على رجل حق

٣٤٢ كتاب الشهادات

فصل ومن كانت عنده شهادة

فصل ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

٣٤٣ فصل ولا تقبل شهادة العبد

فصل ولا تقبل شهادة من لا مروءة له

فصل ويكره اللعب بالشطرنج

٣٤٤ فصل ويحرم اللعب بالنرد

فصل ويجوز اتخاذ الحمام

فصل من شرب قليلا من النبيذ

فصل ويكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة

٣٤٥ فصل ويحرم استعمال الآلات التى تطرب

فصل وأما الحداء فهو مباح

٣٤٦ فصل ويستحب تحسين الصوت بالقرآن

فصل ويجوز قول الشعر

فصل ومن شهد بالزور فسق

٣٤٧ فصل ولا تقبل شهادة جار الى نفسه نفعا

فصل وان شهد رجلان على رجل

فصل ولا تقبل شهادة الوالدين للاولاد

٣٤٨ فصل وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر

فصل ولا تقبل شهادة العدو على عدوه

فصل ومن جمع فى الشهادة بين أمرين

فصل ومن ردت شهادته بمعصية

٣٤٩ فصل وان شهد صبى أو عبد الخ

باب عدد الشهود

٣٥٠ فصل وان شهد ثلاثة بالزنا

فصل فان شهد أربعة على رجل بالزنا

٣٥١ فصل ويثبت المال وما يقصد به المال

فصل وما ليس بمال ولا المقصود منه المال

صحيفة

فصل ولا يقبل فى موضحة العمد الاشاهدان
فصل وان كان فى يد رجل جارية
٣٥٢ فصل ويقبل فيما يطلع عليه الرجال
فصل ومايثبت بالشاهد والمرأتين
باب تحمل الشهادة وأدائها
٣٥٣ فصل وان كانت الشهادة الخ
فصل ويجوز أن يكون الاعمى شاهدا
٣٥٤ فصل ومن شهد بالنكاح الخ
فصل ومن شهد بالرضاع
فصل ومن شهد بالجناية
فصل ومن شهد بالزنا
٣٥٥ فصل ومن شهد بالسرقة
باب الشهادة على الشهادة
فصل ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة
فصل ولا يقبل فى الشهادة على الشهادة
فصل ولا يقبل الا من عدد الخ
٣٥٦ فصل ولا تقبل الشهادة الخ
فصل ولا يصح تحمل الشهادة الخ
فصل واذا أراد شاهد الفرع
فصل وان رجع شهود الاصل الخ
باب اختلاف الشهود فى الشهادة
٣٥٧ فصل وان شهد شاهد على رجل
فصل وان شهد شاهد أنه قذف رجلا
فصل وان شهد شاهد أنه سرق من رجل
فصل وان شهد شاهدان على رجلين

صحيفة

٣٥٨ فصل وان ادعى رجل على رجل
فصل وان قتل رجل عمدا
فصل وان شهد شاهد أنه قال الخ
فصل وان شهد شاهدان الخ
باب الرجوع عن الشهادة
٣٥٩ فصل وان شهدوا بما يوجب القتل
فصل فان رجع بعضهم الخ
فصل وان شهد أربعة بالزنا
٣٦٠ فصل وان شهد على رجل الخ
فصل وان شهد شاهدان الخ
فصل وان شهدا عليه بمال الخ
٣٦١ فصل وان شهد شاهد بحق الخ
فصل وان حكم بشهادة شاهد الخ
فصل واذا نقض الحكم الخ
فصل ومن حكم له الحاكم بمال
٣٦٢ كتاب الاقرار
فصل وان كان المقر به حقا الخ
فصل ولا يصح الاقرار الا من بالغ
فصل ويصح اقرار العبد بالحد
فصل وان باع السيد عبده من نفسه
٣٦٣ فصل ويقبل اقرار المريض
فصل ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق
فصل وان أقر لحمل بمال الخ
فصل وان أقر بحق لآدمى الخ
٣٦٤ فصل وماقبل فيه الرجوع
فصل ومن أقر لرجل بمال الخ
فصل فان أقر الزوج الخ
فصل وان قال رجل لرجل الخ
٣٦٥ باب جامع الاقرار
فصل وان قال له على مال الخ
٣٦٦ فصل وان قال له على درهم الخ
فصل وان قال له على دراهم الخ

صحيفة

فصل وان أقر بدرهم الخ
٣٦٧ فصل وان قال له على دراهم لزمه الخ
فصل وان قال له على كذا
فصل وان قال له على ألف
٣٦٨ فصل واذا قال لفلان الخ
فصل وان قال هؤلاء العبيد لفلان الخ
فصل وان قال هذه الدار لفلان الخ
فصل وان قال له هذه الدار هبة
فصل وان أقر رجل بمال فى ظرف
٣٦٩ فصل وان قال لفلان على الخ
فصل وان قال له على ألف درهم الخ
فصل وان قال له فى هذا العبد الخ
فصل وان قال له فى ميراث أبى ألف درهم الخ
فصل واذا قال لفلان على ألف درهم
٣٧٠ فصل وان أقر بحق ووصله الخ
فصل وان قال هذه الدار لزيد الخ
فصل وان أقر رجل على نفسه
فصل وان مات رجل وخلف أبناء الخ
٣٧١ فصل وان كان بين المقر وبين المقر به الخ
فصل وان كان المقر به لا يحجب الخ
فصل وان وصى للمريض بأبيه فقبله الخ
٣٧٢ فصل وان مات رجل الخ
فصل واذا مات رجل ولا يعلم له وارث
فصل وان كان لرجل أمتان
٣٧٣ فصل وان كان له أمة الخ
فصل وان مات رجل وخلف ابنين الخ

كتاب المهذب

في

(فقه مذهب الامام الشافعي رضى الله عنه وأرضاه)

(تأليف)

الشيخ الامام الزاهد الموفق أبي اسحق ابراهيم بن على بن
يوسف الفيروزاباذى الشيرازى تغمده الله برحمته
وأسكنه فسيح جنته آمين

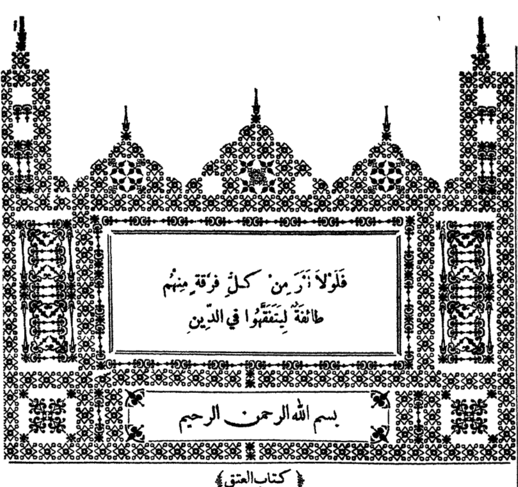
* وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب للعلامة
محمد بن أحمد بن بطال الركبي نفع الله به *

* وجد بخط الشيخ أبى اسحق رحمه الله هذه الابيات على ظهر مهذبه *

رفعت عماد الدين بعد انخفاضه * وأحييت شرعا الورى بالمهذب
يرى الحق فيه واضحا وكأنما * هو الدر الا أنه لم يثقب
يرون اقتباس المجد وهو مشيد * لديك وقد أظهرت كل مغيب
فعال بنى الدنيا تؤل الى الفنا * وفعلك باق مثل لألاء كوكب
فعش مابدا ضوء النهار وماغدا * يتوب الى رب الورى كل تائب

الجزء الثاني

* طبع بمطبعة *
دار الكتب العربية الكبرى
على نفقة
* أصحابها مصطفى البابى الحلبى وأخويه بكرى وعيسى بمصر *



﴿ كتاب العتق ﴾

العتق قربة مندوب اليه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه ولا يصح الا من مطلق التصرف فى المال لانه تصرف فى المال كالبيع والهبة فان أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لانه لا يملكه فى أحد القولين ويملكه فى الثانى الا انه يبطل به حق البطن الثانى فلم يصح وان أعتق المريض عبدا وعليه دين يستغرقه لم يصح لان العتق فى المرض وصية فلم يصح مع الدين وان أعتق العبد الجانى فعلى ما ذكرناه فى العبد المرهون

﴿فصل﴾ ويصح بالصريح والكناية وصريحه العتق والحرية لانه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكناية كقوله سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لانها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية وفى قوله فككت رقبتك وجهان أحدهما انه صريح لانه ورد به القرآن قال الله سبحانه فك رقبة والثانى انه كناية لانه يستعمل فى العتق وغيره وان قال لامته أنت على كظهر أمى ونوى العتق ففيه وجهان أحدهما تعتق لانه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق والثانى لا تعتق لانه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق

﴿فصل﴾ وان كان بين نفسين عبد فاعتق أحدهما نصيبه فان كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وعتق لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له فى عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم والا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق وان كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فاعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص انه يقوم عليه فمن أصحابنا من قال اذا قلنا ان الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقوم عليه لان التقويم يوجب التمليك ومنهم

﴿من كتاب العتق والقرعة﴾ العتق مأخوذ من السبق يقال عتقت منى يمين أى سبقت وعتقت الفرس اذا سبقت وعتق فرخ الطائر اذا طار واستقل وكان المعتق خلى فذهب حيث شاء ذكره القتيبى يقال عتق العبد يعتق عتاقا وعتاقة وعتقا فهو معتق وعتيق ولا يقال معتوق وخص الرقبة بالعتق والملك دون سائر الاعضاء لان ملك العبد كالحبل فى الرقبة وكالغل يحبس به كما تحبس الدابة بالحبل فى عنقها ولهذا كنوا بالحبل فى العتق فقالوا حبلك على غاربك جعله بمنزلة البعير يطرح حبله على غاربه فيذهب حيث يشاء ولا يوثق والغارب ما بين السنام والعنق قال الشاعر

فلما عصيت العاذلين فلم أطع
مقالتهم القوا على غاربى حبلى

(قوله الصريح) هو الخالص من كل شئ وصريح العتق ضد الكناية التى ليست بلفظ خالص (قوله وصريحه الحرية) هى أيضا بمعنى الخالص يقال طين حر أى خالص لا حجر فيه وحر الرمل الذى

من

من قال يقوم عليه قولا واحدا لانه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات ويخالف البيع لان القصد منه التمليك وفى ذلك صغار على الاسلام والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه فان كان نصف العبد وقفا ونصفه طلقا فاعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف لان التقويم يقتضى التمليك والوقف لا يملك ولان الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى

﴿فصل﴾ وتجب قيمة النصيب عند العتق لانه وقت الاتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال أحدها يعتق فى الحال فان كانت جارية فولدت كان الولد حرا لما روى أبو المليح عن أبيه ان رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك وفى بعضها فاجاز عتقه والثانى انه يقع بدفع القيمة فان كان جارية فولدت كان نصف الولد حرا ونصفه مملوكا لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان العبد بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه فان كان موسرا يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق ولانه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض كعتق المكاتب والثالث انه مراعى فان دفع العوض حكمنا بانه عتق فى الحال وان لم يدفع حكمنا بانه لم يعتق لانا اذا أعتقناه فى الحال أضررنا بالشريك فى اتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض وان لم نعتقه أضررنا بالعبد فى ابقاء أحكام الرق عليه فاذا قلنا انه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر فان دفع القيمة كان حكمه حكم القول الاول وان لم يدفع كان حكمه حكم القول الثانى فان بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها وان طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها فان أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا ان العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل الى حقه فان أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما فى العتق من حق الله تعالى فان أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه يعتق لانه عتق صادف ملكه والثانى وهو المذهب انه لا يعتق لان العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز ابطاله عليه

﴿فصل﴾ وان كان بين اثنين جارية فاحبلها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاد فى نصيبه وفى نصيب الشريك الاقوال التى ذكرناها فى العتق لان الاستيلاد كالعتق فى ايجاب الحرية فكان كالاعتاق فى التقويم والسراية

﴿فصل﴾ وان اختلف المعتق والشريك فى قيمة العبد والبينة متعذرة فان قلنا انه يسرى فى الحال فالقول قول المعتق لانه غارم لما استهلكه فكان القول قوله كما لو اختلفا فى قيمة ما أتلفه بالجناية وان قلنا لا يعتق الا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لان نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه الا بما يقر به كالمشترى فى الشفعة وان ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فانكر المعتق ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو كالاختلاف فى القيمة وفيه قولان ومنهم من قال القول قول المعتق قولا واحدا لان الظاهر معه والشريك يدعى صنعة الاصل عدمها وان ادعى المعتق عيبا فى العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضا من أصحابنا من قال هو كالاختلاف فى القيمة فيكون على قولين ومنهم من قال القول قول الشريك قولا واحدا لان الظاهر معه والمعتق يدعى عيبا الاصل عدمه

﴿فصل﴾ وان كان المعتق معسرا اعتق نصيبه وبقى نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضى الله عنه والا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق ولان تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد فلو أعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لانا نتلف ماله ولا يحصل له عوض والضرر لا يزال بالضرر ولهذا

لا تراب فيه يقال حر يحر بفتح الحاء فى المستقبل ومصدره الحرار والحرورية أيضا بالفتح قال

فما رد تزويج عليه شهادة ولا رد من بعد الحرار عتيق

فكانه خالص من رق العبودية (قوله صغار على الاسلام) أى ذل وقهر (قوله لا وكس ولا شطط) الوكس النقصان والبخس وقد وكس الشئ يكس وقد وكست فلانا نقصته وقد وكس فلان فى تجارته وأوكس أيضا على ما لم يسم فاعله فيهما اى خسر والشطط الجور والزيادة أى لا نقصان ولا زيادة قال الله تعالى انه كان يقول سفيهنا على الله شططا أى جورا ومعناه لا يزيد فى قيمته فيكون جورا وأصله البعد يقال شطت الدار أى بعدت ومنه قوله تعالى لقد قلنا اذا شططا أى قولا بعيدا عن الحق (قوله مراعى) من راعيت الامر أى نظرت ما يصير اليه (قوله والبينة متعذرة) أى متعسرة تعذر الامر أى تعسر

لوحضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعة لانه يزيل الضرر بالضرر وان كان موسرا بقيمة البعض عتق منه بقدره لان ماوجب بالاستهلاك اذا عجز عن بعضه وجب ماقدر عليه كبدل المتلف وان كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق مامعه ففيه قولان بناء على القولين فى الدين هل يمنع وجوب الزكاة فان قلنا لا يمنع وجب عليه العتق وان قلنا يمنع لم يجب العتق

﴿فصل﴾ وان ملك عبدا فاعتق بعضه سرى الى الباقى لانه موسر بالقدر الذى يسرى اليه فسرى اليه كما لو أعتق شركا له فى عبد وهو موسر

﴿فصل﴾ وان أوصى بعتق شرك له فى عبد فاعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه وان احتمله الثلث لانه بالموت زال ملكه فلا ينفذ الا فيما استثناه بالوصية وان وصى بعتق نصيبه وبان يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه وأعتق عنه الجميع لانه فى الوصية بالثلث كالحى فاذا قوم على الحى قوم على الميت بالوصية

﴿فصل﴾ وان كان عبد بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فاعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما فى وقت واحد وكانا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية لان التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرؤس كما لو اشترك اثنان فى جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات

﴿فصل﴾ وان كان له عبدان فاعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بان يتذكر فان قال أعتقت هذا قبل قوله لانه أعرف بما قال فان اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذبا فان نكل حلف الآخر وعتق العبدان أحدهما باقراره والآخر بالنكول واليمين وان قال هذا بل هذا اعتقا جميعا لانه صار راجعا عن الاول مقرا بالثانى فان مات قبل أن يبين رجع الى قول الوارث لان له طريقا الى معرفته فان قال الوارث لا أعلم فالمنصوص انه يقرع بينهما لانه ليس أحدهما باولى من الآخر فرجع الى القرعة ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه يوقف الى ان ينكشف لان القرعة تفضى الى أن يرق من أعتقه ويعتق من أرق فوجب أن يوقف الى أن يتبين والاول هو الصحيح لان البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث فى رقيقه وبالحر فى حق نفسه

﴿فصل﴾ وان أعتق عبدا من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء فان قال هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم لانه تخير لتعيين عتق فاذا عينه فى واحد سقط خياره فى الثانى ويخالف القسم قبله لان ذلك اخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره فان مات قبل أن يعين ففيه وجهان أحدهما لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين كما لا يقوم مقامه فى تعيين الطلاق فى احدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق والثانى يقوم مقامه وهو الصحيح لانه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب

﴿فصل﴾ ومن ملك أحد الوالدين وان علوا أو احد المولودين وان سفلوا عتقوا عليه لقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من فى السموات والأرض الا آتى الرحمن عبدا فنفى الولادة مع العبودية فدل على انهما لا يجتمعان ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه وان ملك بعضه فان كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقى لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد وان كان بغير سبب من جهته كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته وان ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب وان وجد من

(قوله وتخر الجبال هدا) خر سقط من أعلى الى أسفل والهد هدم البناء وازالته هد البناء يهده هدا هدمه وضعضعه (قوله أعطى شركاءه حصصهم) الحصة النصيب وجمعها حصص وتحاص القوم يتحاصون اذا اقتسموا حصصا وكذا المحاصة

يعتق عليه بما لو كا فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لايجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة وان وصى للمولى عليه بأبيه فان كان لاتلزمه نفقته وجب على الولى قبوله لأنه يعتق عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير اضرار وان كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته وفى ذلك اضرار فلم يجز وان وصى له ببعضه فان كان معسرا لزمه قبوله لأنه لاضرر عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة وان كان موسرا والأب ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته وفى ذلك اضرار وان كان لاتلزمه نفقته ففيه قولان أحدهما لايجوز قبوله لأن ملكه يقتضى التقويم وفى ذلك اضرار والثانى يلزم قبوله ولا يقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختياره فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالارث

﴿باب القرعة﴾

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب فى كل رقعة مايراد اخراجه وتجعل فى بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشئ ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة أخرج بندقة ويعمل بما فيها فان كان القصد عتق الثلث جزئ ثلاثة أجزاء وان كان القصد عتق الربع جزئ أربعة أجزاء وان كان القصد عتق النصف جزئ جزأين وتعدل السهام فان كان القصد عتق الثلث فان كان عددهم وقيمتهم متساوية فان كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزأ ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب فى الرقاع الاسماء ويخرج الاسماء على الحرية والرق وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الاسماء فان اختار كتب الاسماء كتب كل اسمين فى رقعة فان شاء أخرج القرعة على الحرية فاذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون وان شاء أخرج على الرق فاذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق فاذا خرجت رق من فيها ويعتق الباقيان والاخراج على الحرية أولى لانه أقرب الى فصل الحكم فان اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بان يكونوا ستة قيمة اثنين أربعمائة وقيمة اثنين ستمائة وقيمة اثنين مائتان جعل اللذان قيمتهما أربعمائة جزأ وضم أحد العبدين المقومين بستمائة الى أحد العبدين المقومين بمائتين ويجعل العبدان الآخران جزأ ويخرج القرعة على ماذكرناه من الوجهين وان اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بان كانوا ثمانية قيمة واحد مائة وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدلوا بالقيمة فيجعل العبد جزأ والثلاثة جزأ والاربعة جزأ فان خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة وان خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة وان خرجت على الاربعة عتقوا ورق الاربعة لانه لايمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان جعلا جزأين وأقرع بينهما فان خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه ورق الآخر وان خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر فان اتفق العدد واختلفت القيم فان عدل بالعدد اختلفت القيم وان عدل بالقيمة اختلف العدد بان كانوا ستة قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فالمنصوص انهم يعدلون بالقيمة فيجعل العبد جزأ والعبدان جزأ والثلاثة جزأ وتخرج القرعة على ماذكرناه من الوجهين ومن أصحابنا من قال يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزأ ويضم أحد الثلاثة الى المقوم بمائة فيجعلان جزأ وقيمتهما مائة وثلث ويجعل الآخران جزأ وقيمتهما ثلثا مائة وأقرع بينهم فان خرجت القرعة على المقومين بالمائة عتقا وقد استكملا الثلث ورق الباقون وان خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الاربعة الباقون ويقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما لانهما

﴿من باب القرعة﴾ القرعة مأخوذة من قرعته اذا كففته كأنه كف الخصوم بذلك ومنه سميت المقرعة لانه يكف بها الدابة (قوله أقرب الى فصل الحكم) أى الى قطعه من فصل العضو اذا قطعه من المفصل والفصيل الحاكم وفصلت الشئ فانفصل أى قطعته فانقطع التركة مايتركه الميت بعده وقد ذكر (قوله البندقة) هى عمل البنادق وهى كبب صغار من طين أو شمع (قوله التعديل) هو التسوية من قولهم فلان عدل فلان أى مساويه والعدل أحد الحملين لانه مساو للآخر

أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما فان أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الآخر وان خرجت على المقوم بثلث المائة عتق وعتق من الآخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقي والصحيح هو المنصوص عليه لان فيما قال هذا القائل يحتاج الى اعادة القرعة وتبعيض الرق والحرية في شخص واحد فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة بان كانوا خمسة وقيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلثمائة وقيمة الرابع أربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان أحدهما انه يكتب أسماؤهم في رقاع بعددهم ثم يخرج على العتق فان خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الاربعة وان خرج المقوم باربعمائة عتق وقد بقي من الثلث مائة فيخرج اسم آخر فان خرج اسم المقوم بثلثمائة عتق منه ثلثه ورق باقيه والثلاثة الباقون وعلى هذا القياس يعمل في كل ما يخرج والقول الثاني انهم يجزؤن ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة جزأ ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزأ ويجعل المقوم باربعمائة والمقوم بمائة جزأ ثم يخرج القرعة و يعتق من فيها وهو الثلث ويرق الباقون لان النبي صلى الله عليه وسلم جزأهم ثلاثة أجزاء

﴿فصل﴾ قال الشافعي وان أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت فان خرج سهم الحرية على الميت رق الاثنان وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الاحرار منذ خوطب بالعتق الى ان مات وكان له ما اكتسب واستفاد بارث وغيره وان خرج سهم الحرية على أحد الحيين لم يعتق منه الا ثلثاه لان الميت قبل موت سيده مات عبدا فلم يكن له حكم ما خلف السيد وان مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين الحي والميتين فان خرج بينهم العتق على الحي عتق كله وأعطي كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان

﴿فصل﴾ اذا أعتق في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم فاعتق اثنان بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران جعل الاربعة جزأين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان

﴿فصل﴾ وان أعتق في مرضه أعبدا له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق لان العتق في المرض وصية فلا ينفذ الا في ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين وان استغرق نصفها جعل التركة جزأين و يكتب في رقعة دين وفي رقعة تركة وان استغرق الثلث جعلوا ثلاثة أجزاء في رقعة دين وفي رقعتين تركة و يقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع في الدين وما سواه يجعل ثلاثة أجزاء و يعتق منه الثلث لانه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق وليس بعضها بالبيع والارث والعتق باولى من البعض وللقرعة مدخل في تمييز العتق من غيره فاقرع بينهم

﴿فصل﴾ وان أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه فان قال الورثة نحن نقضي الدين وتنفذ العتق ففيه وجهان أحدهما ان لهم ذلك لان المنع من نفوذ العتق لاجل الدين فاذا قضي الدين زال المنع والثاني انه ليس لهم ذلك لانهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث فعلى هذا يقضي الدين ثم يستأنف العتق وان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع فيه وجهان أحدهما يبطل كما قلنا في قسمة الشريكين والثاني يبطل بقدر الدين لان بطلانه بسببه فيقدر بقدره فان كان الذي أعتق عبدين عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحرية فان خرجت القرعة لاحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق و بيع الآخر في الدين وان كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقيه والعبد الآخر وان خرجت على أقلهما قيمة عتق وعتق من الثاني تمام النصف و بيع الباقي في الدين

(قوله يستغرق التركة) يذهب بها وأصله من الغرق في الماء وقد ذكر

(باب

﴿باب المدبر﴾

التدبير قربة لانه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث في الصحة والمرض لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المدبر من الثلث ولانه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية فان دبر عبدا او أوصى بعتق آخر وعجز الثلث عنهما أقرع بينهما ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر انه يقدم المدبر لانه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت والصحيح هو الاول لان لزومهما بالموت فاستويا

﴿فصل﴾ ويصح من السفيه لانه انما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لانه باق على ملكه وان مات استغنى عن المال وحصل له الثواب وهل يصح من الصبي المميز فيه قولان أحدهما انه يصح لما ذكرناه في السفيه والثاني لا يصح وهو الصحيح لانه ليس من أهل العقود فلم يصح تدبيره كالمجنون

﴿فصل﴾ والتدبير هو ان يقول ان مت فانت حر فان قال دبرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح وان لم ينو فالمنصوص في المدبر انه يصح وقال في المكاتب اذا قال كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فاذا أديت فانت حر فمن أصحابنا من نقل جوابه في المدبر الى المكاتب وجوابه في المكاتب الى المدبر وجعلهما على قولين أحدهما انهما صريحان لانهما موضوعان للعتق في عرف الشرع والثاني انهما كنايتان فلا يقع العتق بهما الا بقرينة أو نية لانهما يستعملان في العتق وغيره ومنهم من قال في المدبر صريح وفي المكاتب كناية ولم يذكر فرقا يعتمد عليه

﴿فصل﴾ ويجوز مطلقا وهو ان يقول ان مت فانت حر ويجوز مقيدا وهو ان يقول ان مت من هذا المرض أو في هذا البلد فانت حر لانه عتق معلق على صفة فجاز مطلقا ومقيدا كالعتق المعلق على دخول الدار ويجوز تعليقه على شرط بان يقول ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي كما يجوز ان يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله فان وجد الشرط صار مدبرا وان لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبرا لانه علق التدبير على صفة وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه

﴿فصل﴾ ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز ان يعلق عتقه على صفة أخرى فان وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفة وبطل التدبير به وان مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفة ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز ان يعلق عتقه على صفة فاذا دبره صار مكاتبا مدبرا ويستحق العتق بالكتابة والتدبير فان أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة وبطل التدبير وان مات قبل الاداء فان كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة وان لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره وبقي الباقي على الكتابة ولا يجوز تدبير أم الولد لان الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت وقد استحقت ذلك بالاستيلاد فلم يفد التدبير شيأ فاذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاد من رأس المال

﴿فصل﴾ ويجوز تدبير الحمل كما يجوز عتقه ويجوز في بعض عبد كما يجوز في العتق فان كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا فيه قولان أحدهما يقوم عليه لانه أثبت له شيأ يفضي الى العتق لا محالة فاوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره والثاني وهو المنصوص انه لا يقوم عليه لان التقويم انما يجب بالاتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الاتلاف كالاستيلاد والتدبير ليس باتلاف ولا سبب يوجب الاتلاف لانه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم فان كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص انه لا يسري الى الباقي ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر انه يسري فيصير الجميع مدبرا ووجههما ما ذكرناه في المسألة قبلها فان كان عبد بين اثنين فدبراه بان قال كل واحد

(قوله فبقدره) القدر هنا المبلغ أي يعتق منه مبلغ الحصة (المدبر) قال القتيبي التدبير مأخوذ من الدبر لانه عتق بعد الموت والموت دبر الحياة وقيل مدبر ولهذا قالوا عتق عبده عن دبر منه أي بعد الموت

منهما اذا مت فانت حر جاز كما لو أعتقاه فان أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق فيه قولان منصوصان أحدهما لا يقوم عليه لان لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن التقويم ولانا اذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير والثانى يقوم عليه ليصير الكل حرا لان المدبر كالقن فى الملك والتصرف فكان كالقن فى التقويم والسراية فان كان بين نفسين عبد فقالا اذا متنا فانت حر لم يعتق حصة واحد منهما الا بموته وموت شريكه فان ماتا معا عتق عليهما بوجود الصفة فان مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت الى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فاذا مات الآخر عتق فان قالا أنت حبيس على آخرنا موتا فالحكم فيها كالحكم فى المسألة قبلها الا فى فصل واحد وهو ان فى المسألة الاولى اذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت الى وارثه الى ان يموت الآخر وفى هذه اذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر الى ان يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتا فاذا مات الآخر عتق

﴿فصل﴾ ويملك المولى بيع المدبر لما روى جابر رضى الله عنه ان رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فامر به النبى صلى الله عليه وسلم فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة ويملك هبته ووقفه وكتابته قياسا على البيع ويملك أكسابه ومنافعه وارش ما يجنى عليه لانه لما كان كالعبد القن فى التصرف فى الرقبة كان كالقن فيما ذكرناه وان جنى خطأ تعلق الارش برقبته وهو بالخيار بين ان يسلمه للبيع وبين ان يفديه كما يفدى العبد القن لانه كالقن فى جواز بيعه فكان كالقن فى جواز التسليم للبيع والفداء وان مات السيد قبل ان يفديه فان قلنا لا يجوز عتق الجانى لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد فى حياته وان قلنا يجوز عتق الجانى عتق من الثلث ووجب ارش الجناية من التركة لانه عتق بسبب من جهته فتعلق الارش بتركته ولا يجب الا أقل الامرين من قيمته أو ارش الجناية لانه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق

﴿فصل﴾ وان كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها فى التدبير فيه قولان أحدهما يتبعها لانها تستحق الحرية فتبعها الولد كام الولد فعلى هذا ان ماتت الام فى حياة المولى لم يبطل التدبير فى الولد والثانى لا يتبعها لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهى حامل تبعها الولد قولا واحدا كما يتبعها فى العتق وان دبر عبدا ثم ملكه جارية فأتت منه بولد لحقه نسبه لانه يملكها فى أحد القولين وله فيها شبهة فى القول الثانى لاختلاف الناس فى ملكه فان قلنا لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لانه ولد أمته وان قلنا يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لانه من أمته وهل يكون مدبرا فيه وجهان أحدهما انه ليس بمدبر لان الولد انما يتبع الام دون الاب والام غير مدبرة والثانى انه مدبر لانها علقت به فى ملكه فكان كالاب كولد الحر من أمته

﴿فصل﴾ ويجوز الرجوع فى التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله فسخت ونقضت ورجعت فيه قولان أحدهما انه يجرى مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزنى لانه تصرف يتنجز بالموت يعتبر من الثلث فهو كالوصية والثانى انه يجرى مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ وهو الصحيح لانه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات وان وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال ان قلنا انه كالوصية فهو رجوع وان قلنا انه كالعتق بالصفة فليس برجوع لانه لم يزل الملك ومنهم من قال هو رجوع على القولين لانه تصرف يفضى الى زوال الملك وان كاتبه فان قلنا ان التدبير كالوصية كان رجوعا كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه وان قلنا انه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعا بل يصير مدبرا

(قوله يتنجز بالموت) أى يتعجل وقد ذكر (قوله يفضى الى العتق لا محالة) يفضى يؤول ويصير ولا محالة لابد يقال الموت آت لا محالة ذكره الجوهرى وميمها زائدة وألفها منقلبة عن واو من باب حول

مكاتبا

مكاتبا وحكمه ماذكرناه فيمن دبر مكاتبا وان دبره ثم قال ان أديت الى وارثى ألفا فانت حر فان قلنا انه
كالوصية كان ذلك رجوعا فى التدبير لانه عدل عن العتق بالموت الى العتق باداء المال فبطل التدبير
ويتعلق العتق بالاداء وان قلنا انه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الاداء
بعده لانه علق عتقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق باسبقهما وأسبقهما الموت فعتق به
وان دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير لان العتق بالتدبير والاستيلاد فى وقت واحد والاستيلاد أقوى
فاسقط التدبير

(فصل) ويجوز الرجوع فى تدبير البعض كما يجوز التدبير فى الابتداء فى البعض وان دبر جارية
فأتت بولد من نكاح أوزنا وقلنا انه يتبعها فى التدبير ورجع فى تدبير الام لم يتبعها الولد فى الرجوع
وان تبعها فى التدبير كما أن ولد أم الولد يتبعها فى حق الحرية ثم لا يتبعها فى بطلان حقها من الحرية
بموتها وان دبرها الصبى وقلنا انه يصح تدبيره فان قلنا يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه لانه
لاحجر عليه فى التدبير فجاز رجوعه فيه كالبالغ وان قلنا لا يجوز الرجوع الا بتصرف يزيل الملك لم يصح
الرجوع فى تدبيره الا بتصرف يزيل الملك من جهة الولى

(فصل) وان دبر عبده ثم ارتد فقد قال أبو اسحق لا يبطل التدبير فان مات عتق العبد لانه تصرف
نفذ قبل الردة فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم ارتد ومن أصحابنا من قال يبطل التدبير لان المدبر انما
يعتق اذا حصل للورثة مثلاه وههنا لم يحصل للورثة شئ فلم يعتق ومنهم من قال يبنى على الاقوال فى ملكه
فان قلنا يزول ملكه بالردة بطل لانه زال ملكه فيه فاشبه اذا باعه وان قلنا لا يزول لم يبطل كما لو لم يرتد وان
قلنا موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو اسحق غير صحيح لانه ارتد والمدبر على ملكه فزال بالردة
بخلاف ما لو باعه قبل الردة وما قال الآخر لا يصح لان ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثلاه

(فصل) وان دبر الكافر عبدا كافرا ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد فى التدبير ففيه قولان أحدهما
يباع عليه وهو اختيار المزنى لانه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن والثانى لا يباع عليه وهو الصحيح
لانه لاحظ للعبد فى بيعه لانه يبطل به حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه الى مسلم وينفق
عليه الى ان يرجع فى التدبير فيباع عليه أو يموت فيعتق عليه وبين أن يخارجه على شئ لانه لا سبيل الى
اقراره فى يده فلم يجز الا ما ذكرناه فان مات السيد وخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق منه بقدر
الثلث وبيع الباقى على الورثة لانه صار قنا

(فصل) وان اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد فان قلنا ان التدبير كالعتق
بالصفة صح الاختلاف لانه لا يمكن الرجوع فيه والقول قول السيد لان الاصل أنه لم يدبر وان قلنا
أنه كالوصية ففيه وجهان أحدهما ان القول قول السيد لان جحوده رجوع وهو يملك الرجوع والثانى
انه ليس برجوع وهو المذهب لانه قال فى الدعوى والبينات اذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج
الى اليمين فدل على ان جحوده ليس برجوع والدليل عليه أن جحود الشئ ليس برجوع كما ان جحود
النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه عتق بالصفة وان
مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث وان كان فى
يده مال فقال كسبته بعد العتق وقال الوارث بل كسبته قبل العتق فالقول قول المدبر لان الاصل
عدم الكسب الا فى الوقت الذى وجد فيه وقد وجد وهو فى يد المدبر فكان له وان كانت أمة
ومعها ولد فادعت انها ولدته بعد التدبير وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لان
الاصل فى الولد الرق

(قوله العبد القن) الخالص العبودية ليس بمكاتب ولا مدبر ولا علق عتقه على شرط وقيل القن أن يملك هو وابوه (قوله أنت حبيس على آخرنا موتا) أى عتقك محبوس حتى يموت آخرنا (قوله لانه عدل عن الحق) أى مال يقال عدل اذا مال وعدل اذا استقام من الاضداد (قوله عن دبر منه) أى بعد موته وادبار حياته أو من الدبر وهو نقيض القبل أى فى ادبار الحياة لا فى اقبالها كله مأخوذ من أدبر اذا ولى وذهب (قوله وبين أن يخارجه على شئ) أى يجعل عليه خراجا يؤديه والخرج والخراج الاتاوة وقد ذكر

﴿فصل﴾ ويجوز تعليق العتق على صفة مثل ان يقول ان دخلت الدار فانت حر وان أعطيتني ألفا فانت حر لانه عتق على صفة فجاز كالتدبير فان قال ذلك في المرض اعتبر من الثلث لانه لو أعتقه اعتبر من الثلث فاذا عقده اعتبر من الثلث وان قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لان العتق انما يعتبر من الثلث في حال المرض لانه قصد الى الاضرار بالورثة في حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد الى ذلك فان علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لان تصرف الانسان مقصور على حال الحياة فحمل اطلاق الصفة عليه وان علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت لانه يملك العتق بعد الموت في الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت

﴿فصل﴾ وان علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد فيه قولان كما قلنا في المدبرة فان بطلت الصفة في الام بموتها أو بموته بطلت في الولد لان الولد يتبعها في العتق لا في الصفة بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها في التدبير فاذا بطل فيها بقي فيه وان قال لامته أنت حرة بعد موتي بسنة فمات السيد وهي تخرج من الثلث فللوارث أن يتصرف في كسبها ومنفعتها ولا يتصرف في رقبتها لانها موقوفة على العتق فان أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعي رحمه الله يتبعها الولد قولا واحدا فمن أصحابنا من قال فيه قولان كالولد الذي تأتي به قبل الموت والذي قاله الشافعي رحمه الله أحد القولين ومنهم من قال يتبعها الولد قولا واحدا لانها أتت به وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كام الولد بخلاف ما قبل الموت فان عتقها غير مستقر لانه يلحقه الفسخ

﴿فصل﴾ وان علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لانه كاليمين أو كالنذر والرجوع في الجميع لا يجوز ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره فان علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع اليه فهل يعود حكم الصفة فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها وان دبر عبده ثم باعه ثم رجع اليه فان قلنا ان التدبير كالوصية لم يرجع لان الوصية اذا بطلت لم تعد وان قلنا انه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا على ما ذكرناه من القولين

﴿كتاب المكاتب﴾

الكتابة جائزة لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ولا تجوز الكتابة الا من جائز التصرف في المال لانه عقد على المال فلم يجز الا من جائز التصرف في المال كالبيع ولا يجوز ان يكاتب عبدا أجيرا لان الكتابة تقتضي التمكين من التصرف والاجارة تمنع من ذلك ولا يجوز ان يكاتب عبدا مرهونا لان الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لانه عتق بصفة يجوز ان تتقدم على الموت فجاز في المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار فان كاتب مدبرا صار مكاتبا ومدبرا وقد بينا حكمه في المدبر وان كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد فان أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة وان مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاد وبطلت الكتابة

﴿فصل﴾ وتجوز كتابة بعض العبد اذا كان باقيه حرا لانه كتابة على جميع ما فيه من الرق فاشبه كتابة العبد في جميعه وان كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير اذن شريكه لم يصح لانه لا يعطي من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالاسفار وان كاتبه باذن شريكه ففيه قولان أحدهما لا يصح لما ذكرناه من نقصان كسبه والثاني يصح لان المنع لحق الشريك فزال بالاذن وان كان لرجل عبد فكاتبه في بعضه فالمنصوص أنه لا يصح واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم الى أنه لا يصح قولا واحدا كما لا يصح ان يعض العتق فيه ومنهم من قال اذا قلنا انه يصح ان يكاتب

نصيبه

﴿باب الكتابة﴾ أصل الكتابة الضم والجمع ومنه سميت الكتابة لما فيها من جمع النجوم وضم بعضها الى بعض والمكاتب يجمع المال ويضمه ومنه كتب المزادة اذا ضم بين جانبيها بالخرز والكتبة موضع الخرز جمعها كتب قال ذو الرمة

* مسلشل ضيعته بينها الكتب * ومنه كتب الكتاب اذا جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكل شيء ضممت بعضه الى بعض فقد كتبته وسميت النجوم في الكتابة وغيرها لانها مأخوذة من تأجيل الدين الى طلوع نجم معلوم عندهما ووقت معروف بينهما للاداء كطلوع الثريا والسماك وشبههما يقال نجمت عليه المال اذا أديته نجوما أي جعلت لادائه أوقاتا من الزمان يعلم كل وقت منها بطلوع نجم

نصيبه فى العبد المشترك باذن الشريك صح ههنا لان اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين فان وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذى يحتمله الثلث فمن أصحابنا من جعل فى الجميع قولين ومنهم من قال يصح فى الوصية وقد فرق بينه و بين العبد المشترك بان الكتابة فى العبد المشترك غير مستحقة فى جميعه والكتابة فى الوصية استحقت فى جميعه فاذا تعذرت فى البعض لم تسقط فى الباقى

﴿فصل﴾ وان طلب العبد الكتابة نظرت فان كان له كسب وأمانة استحب ان يكاتب لقوله عز وجل والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيه خيرا وقد فسر الخير بالكسب والامانة ولان المقصود بالكتابة العتق على مال و بالكسب والامانة يتوصل اليه ولا يجب ذلك لانه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق فى غير الكتابة وان لم يكن له كسب ولا أمانة أوله كسب بلا أمانة لم تستحب لانه لا يحصل المقصود بكتابته ولا تكره لانه سبب للعتق من غير اضرار فلم تكره وان كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان أحدهما انه لا تستحب لان مع عدم الكسب يتعذر الاداء فلا يحصل المقصود والثانى تستحب لان الامين يعان و يعطى من الصدقات وان طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه لانه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال فى غير الكتابة

﴿فصل﴾ ولا يجوز الا بعوض مؤجل لانه اذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد و يبطل المقصود ولا يجوز على أقل من نجمين لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه انه غضب على عبد له وقال لاعاقبنك ولا كاتبنك على نجمين فدل على انه لا يجوز على أقل من ذلك وعن على كرّم الله وجهه أنه قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثانى ولا يجوز الا على نجمين معلومين وان يكون ما يؤدى فى كل نجم معلوما لانه عوض منجم فى عقد فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم الى أجلين

﴿فصل﴾ ولا يجوز الا على عوض معلوم الصفة لانه عوض فى الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه

﴿فصل﴾ وتجوز الكتابة على المنافع لانه يجوز ان تثبت فى الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال فان كاتبه على عملين فى الذمة فى نجمين جاز كما يجوز على مالين فى نجمين وان كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لان ذلك نجم واحد وان كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز لان العقد فى الشهر الثانى على منفعة معينة فى زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة فى شهر مستقبل وان كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لانه لا يقدر على تسليم الدينار فى الحال وان كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نجم بعده جاز لانه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين فى نجمين وان كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق لا يجوز لانه اذا لم يفصل بينهما صار النجما واحدا ومنهم من قال يجوز لانه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة وانما يتصل استيفاؤهما وعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نصف الشهر جاز لانه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة

﴿فصل﴾ وان كاتب رجلان عبدا بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز وان تفاضلا فى المال مع تساوى الملكين أو تساويا فى المال مع تفاضل الملكين أو على ان نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على ان نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد باذن شريكه فان قلنا يجوز جاز وان قلنا لا يجوز لم يجز لان اتفاقهما على الكتابة ككتابة أحدهما فى نصيبه باذن الآخر وعلى هذا يدل قول الشافعى رحمه الله تعالى

فانه قال فى الام ولو أجزت لأجزت ان ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه فدل على انه اذا جاز ذلك جاز هذا وان لم يجز ذلك لم يجز هذا ومنهم من قال لا يصح قولا واحدا لانه يؤدى الى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لانه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعد ما انتفع به

﴿فصل﴾ ولا يصح على شرط فاسد لانه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

﴿فصل﴾ واذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لانه اسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ويجوز للعبد ان يمتنع من أداء المال لان ما لا يلزمه اذا لم يجعل شرطا فى عتقه لم يلزمه اذا جعل شرطا فى عتقه كالنوافل وهل يملك أن يفسخ فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لانه لا ضرر عليه فى البقاء على العقد ولا فائدة له فى الفسخ فلم يملكه ومنهم من قال له ان يفسخ لانه عقد لحظه فملك ان ينفرد بالفسخ كالمرتهن فان مات المولى لم يبطل العقد لانه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع وينتقل المكاتب الى الوارث لانه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل الى وارثه كالعبد القن وان مات العبد بطل العقد لانه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع اذا تلف قبل القبض ولا يجوز شرط الخيار فيه لان الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لانه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين ان يدفع المال وبين ان لا يدفع فلا معنى لشرط الخيار فان اتفقا على الفسخ جاز لانه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه بالتراضى كالبيع

﴿باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه﴾

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والاجارة والصدقة والهبة والاخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات وهو مع المولى كالاجنبى مع الاجنبى فى ضمان المال وبذل المنافع وارش الاطراف لانه صار بما بذله من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه ويملك التصرف فى المال بما يعود الى مصلحته ومصلحة ماله فيجوز أن ينفق على نفسه لان ذلك من أهم المصالح وله ان يفدى فى حياته نفسه أو رقيقه لان له فيه مصلحة وله أن يختن غلامه ويؤدبه لانه اصلاح للمال وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك اقامته لان طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية ومن أصحابنا من قال له أن يقيم الحد كما يملك الحر فى عبده وله أن يقتص فى الجناية عليه وعلى رقيقه وذكر الربيع قولا آخر انه لا يقتص من غير اذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد فيكون قد أتلف الارش الذى كان للسيد أن يأخذه ولم يقتص منه قال أصحابنا هذا القول من تخريج الربيع والمذهب أنه يجوز أن يقتص لان فيه مصلحة له

﴿فصل﴾ وان كان للمكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها ان تطالب به لتستعين به على الكتابة لانه يجرى مجرى الكسب وان أذهب بكارتها لزمه الارش لانه اتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف وان أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد وقد بينا حكمهما فى أول الباب وان كانت مكاتبة بين اثنين فاولدها أحدهما نظرت فان كان معسرا صار نصيبه أم ولد وفى الولد وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن الولد ينعقد جميعه حرا ويثبت للشريك فى ذمة الواطئ نصف قيمته لانه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حرا ونصفه عبدا والثانى وهو قول أبى اسحق ان نصفه حر ونصفه مملوك وهو الصحيح اعتبارا بقدر ما يملك منها ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حرا ونصفه عبدا كالمرأة اذا كان نصفها حرا ونصفها مملوكا فأتت بولد فان نصفه حر ونصفه

عبد وان كان موسرا فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد ويقوم على الواطئ نصيب شريكه وهل يقوم فى الحال فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يقوم فى الحال فاذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطئ ونصفها مكاتبا له فان أدت المال عتق نصفها وسرى الى باقيها والقول الثانى أنه يؤخر التقويم الى العجز فان أدت ما عليها عتقت عليهما بالكتابة وان عجزت قوم على الواطئ نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد وقال أبو على بن أبى هريرة لا يقوم فى الاستيلاد نصيب الشريك فى الحال قولا واحدا بل يؤخر الى أن تعجز لان التقويم فى العتق فيه حظ للعبد لانه يتعجل له الحرية فى الباقى ولا حظ لها فى التقويم فى الاستيلاد بل الحظ فى التأخير لانه اذا أخر بما أدت المال فعتقت واذا قوم فى الحال صارت أم ولد ولا تعتق الا بالموت والصحيح هو الاول وانه على قولين كالعتق لان الاستيلاد كالعتق بل هو أقوى لانه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه فاذا كان فى التقويم فى العتق قولان وجب أن يكون فى الاستيلاد مثلاه

﴿فصل﴾ وان أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان أحدهما أنه موقوف فان رقت الام رق وان عتقت عتق لان الكتابة سبب يستحق به العتق فيتبع الولد الام فيه كالاستيلاد والثانى انه مملوك يتصرف فيه لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن فان قلنا انه للمولى كان حكمه حكم العبد القن فى الجناية والكسب والنفقة والوطء وان قلنا انه موقوف فقتل ففى قيمته قولان أحدهما انها للام تستعين بها فى الكتابة لان القصد بالكتابة طلب حظها والثانى انها للمولى لانه تابع للام وقيمة الام للمولى فكذلك قيمة ولدها فان كسب الولد مالا ففيه قولان أحدهما انه للام لانه تابع لها فى حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها والثانى انه موقوف لان الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب فان عتق ملك الكسب كما تملك الام كسبها اذا عتقت وان رق بعجز الام صار الكسب للمولى فمن أصحابنا من خرج فيه قولا ثالثا انه للمولى كما قلنا فى قيمته فى أحد القولين وان أشرفت الام على العجز وكان فى كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان أحدهما انه ليس للام أن تستعين به على الاداء لانه موقوف على السيد والولد فلم يكن للام فيه حق والثانى ان لها أن تأخذه وتؤديه لانها اذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق ويأخذه المولى فان احتاج الولد الى النفقة ولم يكن فى كسبه ما يفى فان قلنا ان الكسب للمولى فالنفقة عليه وان قلنا انه للام فالنفقة عليها وان قلنا انه موقوف ففى النفقة وجهان أحدهما انها على المولى لانه مرصد للملك والثانى انها فى بيت المال لان المولى لا يملكه فلم يبق الا بيت المال وان كان الولد جارية فوطئها المولى فان قلنا ان كسبه له لم يجب عليه المهر لانه لو وجب لكان له وان قلنا انه للام فالمهر لها وان قلنا انه موقوف وقف المهر وان أحبلها صارت أم ولد له بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها لان القيمة تجب لمن يملكها والام لا تملك رقبتها وانما هى موقوفة عليها

﴿فصل﴾ وان حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان أحدهما يلزمه تخليته فى مثل تلك المدة لانه دخل فى العقد على التمكين من التصرف فى المدة فلزمه الوفاء به والثانى تلزمه أجرة المثل للمدة التى حبسه فيها وهو الصحيح لان المنافع لا تضمن بالمثل وانما تضمن بالاجرة وان قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان أحدهما لا تجب تخليته فى مثل المدة لانه لم يكن الحبس من جهته والثانى تجب لانه فات ما استحقه بالعقد ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط كالمبيع اذا هلك فى يد البائع ولا يجىء ههنا ايجاب الاجرة على المولى لانه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته

﴿فصل﴾ ولا يملك المكاتب التصرف الا على وجه النظر والاحتياط لان حق المولى يتعلق باكسابه

(قوله مرصد للملك) أى مترقب يقال رصدت فلانا أرصده أى ترقبته وانتظرته ومنه قوله تعالى ان جهنم كانت مرصادا أى معدة لهم ترتقبهم (قوله ثم أفلت من أيديهم) بفتح الهمزة واللام يقال أفلت وتفلت وانفلت بمعنى وافلته غيره

فان أراد أن يسافر فقد قال فى الام يجوز وقال فى الامالى لايجوز بغير اذن المولى فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لايجوز لان فيه تغريرا والثانى يجوز لانه من أسباب الكسب ومنهم من قال ان كان السفر طويلا لم يجز وان كان قصيرا جاز وحمل القولين على هذين الحالين والصحيح هو الطريق الاول

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يبيع نسيئة وان كان باضعاف الثمن ولا على أن يأخذ بالثمن رهنا أو ضمينا لانه يخرج المال من يده من غير عوض والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس وان باع ما يساوى مائة بمائة نقدا وعشرين نسيئة جاز لانه لاضرر فيه ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لانه اخراج مال بغير عوض

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يشترى من يعتق عليه لانه يخرج مالا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه وفى ذلك اضرار وان وصى له بمن يعتق عليه فان لم يكن له كسب لم يجز قبوله لانه يحتاج أن ينفق عليه وفى ذلك اضرار وان كان له كسب جاز قبوله لانه لاضرر فيه فان قبله ثم صار زمنا لا كسب له فله أن ينفق عليه لان فيه اصلاحا لماله

﴿فصل﴾ ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يحابى ولا يبرئ من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على اقاربه الاحرار ولا يسرف فى نفقة نفسه وان كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض فى الخلع لان ذلك كله استهلاك للمال وان كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله لانه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة وان كان مكاتبا بين نفسين لم يجز أن يقدم حق أحدهما الا ان مايقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يخص به أحدهما وان أقر بجناية خطأ ففيه قولان أحدهما يقبل لانه اقرار بالمال فقبل كما لو أقر بدين معاملة والثانى لايقبل لانه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة وان جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبى لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته لان الفداء كالابتياع فلا يجوز بأكثر من القيمة وان كان عبدا لا يملك بيعه كالاب والابن لم يجز أن يفديه بشئ قل أو كثر لانه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء مالا يملك التصرف فيه

﴿فصل﴾ وان فعل ذلك كله باذن المولى ففيه قولان أحدهما لا يصح لان المولى لا يملك ما فى يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه فلا يصح باجتماعهما كالاخ اذا زوج أخته الصغيرة باذنها والثانى أنه يصح وهو الصحيح لان المال موقوف عليهما ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما كالشريكين فى المال المشترك والراهن والمرتهن فى الرهن وان وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه أو عجل له ما أجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته فان قلنا يصح للاجنبى باذن المولى صح وان قلنا لا يصح فى حق الاجنبى باذنه لم يصح لان قبوله كالاذن فان وهب أو أقرض وقلنا انه لا يصح فله أن يسترجع فان لم يسترجع حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص لانه انما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك ومن أصحابنا من قال له أن يسترجع لانه قد وقع فاسدا فثبت له الاسترجاع

﴿فصل﴾ ولا يتزوج المكاتب الا باذن المولى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولانه يلزمه المهر والنفقة فى كسبه وفى ذلك اضرار بالمولى فلم يجز بغير اذنه فان أذن له المولى جاز قولا واحدا للخبر ولان الحاجة تدعو اليه بخلاف الهبة

﴿فصل﴾ ولا يتسرى بجارية من غير اذن المولى لانه ربما أحبلها فتلفت بالولادة فان أذن له المولى وقلنا ان العبد يملك ففيه طريقان من أصحابنا من قال على قولين كالهبة ومنهم من قال يجوز قولا واحدا لانه ربما دعت الحاجة اليه فجاز كالنكاح فان أولدها فالولد ابنه ومملوكه لانه ولد جاريته وتلزمه نفقته

(قوله فهو عاهر) العاهر الزانى يقال عهر يعهر عهورا وعهارة اذا زنى وفجر (قوله ولا يتسرى بجارية) ذكر فى المهذب فى اشتقاق التسرى ثلاثة أوجه من السرى وهو الجودة أو من السر وهو الجماع أو من سراة الاديم وهو وسط الظهر وذكر الجوهرى وجها آخر انه مشتق من السرور وهو الفرح وأصله تسررت فابدلت الراء الاخرى ياء كما قالوا تظنيت فى تظننت

لانه مملوكه بخلاف ولد الحرة ولا يعتق عليه لنقصان ملكه فان أدى المال عتق معه لانه كمل ملكه وان رق رق معه

﴿فصل﴾ ويجب على المولى الايتاء وهو أن يضع عنه جزأ من المال أو يدفع اليه جزأ من المال لقوله عز وجل وآتوهم من مال الله الذى آتاكم وعن على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى هذه الآية يحط عنه ربع الكتابة والوضع أولى من الدفع لانه يتحقق الانتفاع به فى الكتابة واختلف أصحابنا فى القدر الواجب فنهم من قال ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير وهو المذهب لان اسم الايتاء يقع عليه وقال أبو اسحق يختلف باختلاف قلة المال وكثرته فان اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا فى المتعة فان اختار الدفع جاز بعد العقد للآية وفى وقت الوجوب وجهان أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق والثانى انه يجب قبل العتق لانه ايتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالايتاء فى الزكاة ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فان دفع اليه من جنسه من غير ما أداه اليه ففيه وجهان أحدهما يجوز كما يجوز فى الزكاة أن يدفع من غير المال الذى وجب فيه الزكاة والثانى لا يجوز وهو الصحيح للآية وان سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع اليه لانه مال وجب للآدمى فلم يسقط من غير أداء ولا ابراء كسائر الديون وان مات المولى وعليه دين حاص المكاتب أصحاب الديون ومن أصحابنا من قال يحاص أصحاب الوصايا لانه دين ضعيف غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا والصحيح هو الاول لأنه دين واجب فحاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق

﴿باب الاداء والعجز﴾

ولا يعتق المكاتب ولا شئ منه وقد بقى عليه شئ من المال لما روى عمرو بن شعيب رضى الله عنه عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته درهم ولانه علق عتقه على دفع مال فلا يعتق شئ منه مع بقاء جزء منه كما لو قال لعبده ان دفعت الى ألفا فانت حر فان كاتب رجلان عبدا بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه لانه برئ من جميع ماله عليه فعتق كما لو كاتب عبدا فابرأه فان كان المعتق موسرا فقد قال أصحابنا يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركا له فى عبد وعندى أنه يجب ان يكون على قولين أحدهما يقوم عليه والثانى لا يقوم كما قلنا فى شريكين دبرا عبدا ثم أعتق أحدهما نصيبه انه على قولين أحدهما يقوم والثانى لا يقوم فاذا قلنا انه يقوم عليه ففى وقت التقويم قولان أحدهما يقوم فى الحال كما نقول فيمن أعتق شركا له فى عبد والثانى يؤخر التقويم الى أن يعجز لانه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء فى نصيبه فلا يجوز ابطاله عليه وان كاتب عبده ومات وخلف اثنين فابرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه لأنه أبرأه من جميع ماله عليه فان كان الذى أبرأه موسرا فهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان أحدهما لا يقوم لأن سبب العتق وجد من الاب ولهذا يثبت الولاء له والثانى يقوم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية فيه قولان أحدهما يتعجل لأنه عتق يوجب السراية فتعجلت به كما لو أعتق شركا له فى عبد والثانى يؤخر الى أن يعجز لأن حق الاب فى عتقه وولائه أسبق فلم يجز ابطاله وان كاتب رجلان عبدا بما يجوز وأذن أحدهما للآخر فى تعجيل حق شريكه من المال وقلنا انه يصح الاذن عتق نصيبه وهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان أحدهما لا يقوم لتقدم سببه الذى اشتركا فيه والثانى يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوم فيه قولان أحدهما يقوم فى الحال لأنه تعجل عتقه والثانى يؤخر الى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء

(قوله ويجب على المولى الايتاء) أى الاعطاء يقال آتيت فلانا مالا أى أعطيته وقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم أى اعطوهم من مال الله الذى أعطاكم (قوله حاص المكاتب أصحاب الديون) أى أخذ الحصة وهى النصيب وأصله حاصص فادغم (قوله المسافة) هى القطعة من الارض يسافر فيها وقد ذكرت

فلم يجز أن يفوت عليه ذلك فعلى هذا ان أدى عتق باقيه وان عجز قوم على المعتق وان مات قبل الاداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب

(فصل) وان حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض فاذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ و يرجع الى عين ماله كما لو باع سلعة فافلس المشترى بالثمن ووجد البائع عين ماله وان كان معه ما يؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن اجباره على أدائه وان عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه جاز له أن يفسخ لانا بينا أن العتق فى الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع ويجوز الفسخ من غير حاكم لأنه فسخ مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ البيع بالعيب

(فصل) وان حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب انظاره لأنه قادر على أخذ المال من غير اضرار ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه فى الانتظار وما زاد كثير وفى الانتظار اضرار وان طلب الانظار لمال غائب فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة وجب انظاره لأنه قريب لا ضرر فى انظاره وان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لأنه طويل وفى الانتظار اضرار وان طلب الانظار لاقتضاء دين فان كان حالا على ملىء وجب انظاره لأنه كالعين فى يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة وان كان مؤجلا أو على معسر لم يجب الانظار لأن عليه اضرارا فى الانظار فان حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان أحدهما له أن يفسخ لأنه تعذر المال فجاز له الفسخ والثانى ليس له أن يفسخ بل يرجع الى الحاكم ليكتب الى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليطالبه فان عجز أو امتنع فسخ لأنه لا يتعذر الاداء الا بذلك فلا يفسخ قبله وان حل عليه النجم وهو مجنون فان كان معه مال يسلم الى المولى عتق لأنه قبض ما يستحقه فبرئت به ذمته وان لم يكن معه شىء فعجزه المولى وفسخ ثم ظهر له مال نقض الحكم بالفسخ لانا حكمنا بالعجز فى الظاهر وقد بان خلافه فنقض كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه وان كان قد انفق عليه بعد الفسخ رجع بما أنفق لأنه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده فان أفاق بعد الفسخ وأقام البينة انه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ لأنه تبرع لأنه أنفق وهو يعلم أنه حر وان حل النجم فاحضر المال وادعى السيد انه حرام ولم تكن له بينة فالقول قول المكاتب مع يمينه لأنه فى يده والظاهر أنه له فان حلف خير المولى بين أن يأخذه و بين أن يبرئه منه فان لم يفعل قبض عنه السلطان لأنه حق يدخله النيابة فاذا امتنع منه قام السلطان مقامه

(فصل) وان قبض المال وعتق ثم وجد به عيبا فله أن يرد و يطالب بالبدل فان رضى به استقر العتق لأنه برئت ذمة العبد وان رده ارتفع العتق لأنه يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء بالرد فارتفع العتق وان وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الارش فان دفع الارش استقر العتق وان لم يدفع ارتفع العتق لأنه لم يتم براءة الذمة من المال وان كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة فى قدر الخدمة وفى الباقى طريقان أحدهما أنه على قولين والثانى أنه لا يبطل قولا واحدا بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين ثم تلفت احداهما قبل القبض

(فصل) فان أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقا بطل الحكم بعتقه لأن العتق يقع بالاداء وقد بان أنه لم يؤد وان كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك للمولى دون الورثة لانا قد حكمنا بانه مات رقيقا

(فصل) فان باع المولى ما فى ذمة المكاتب وقلنا انه لا يصح فقبضه المشترى فقد قال فى موضع يعتق وقال فى موضع لا يعتق واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس فيه قولان أحدهما يعتق لانه قبضه

باذنه فاشبه اذا دفعه الى وكيله والثانى وهو الصحيح أنه لا يعتق لانه لم يقبضه المولى وانما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لانه لم يستحقه فصار كالولم يؤخذ وقال أبو اسحق هى على اختلاف حالين فالذى قال يعتق اذا أمره المكاتب بالدفع اليه لانه قبضه باذنه والذى قال لا يعتق اذا لم يأمره بالدفع اليه لانه لم يأخذه باذنه وانما أخذه بما تضمنه البيع من الاذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه

﴿ فصل ﴾ اذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما فى يده عن الجميع قدم دين المعاملة لانه يختص بما فى يده والسيد والمجنى عليه يرجعان الى الرقبة فان فضل عن الدين شئ قدم حق المجنى عليه لان حقه يقدم على حق المالك فى العبد القن فكذلك فى المكاتب وان لم يكن له شئ فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لان حقه فى الذمة فلا فائدة فى تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لانه ربما كسب ما يعطيه واذا عجزه بقى حقه فى الذمة الى أن يعتق فان أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه كان له ذلك لان المولى يرجع بالتعجيز الى رقبته والمجنى عليه يبيعه فى الجناية فان عجزه المولى انفسخت الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع فى الجناية وبين أن يفديه فان عجزه المجنى عليه نظرت فان كان الارش يحيط بالثمن بيع وقضى حقه وان كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الارش وبقى الباقى على الكتابة وان أدى كتابة باقيه عتق وهل يقوم الباقى عليه ان كان موسرا فيه وجهان أحدهما لا يقوم لانه وجد سبب العتق قبل التبعيض والثانى يقوم عليه لان اختياره للانظار كابتداء العتق

﴿ باب الكتابة الفاسدة ﴾

اذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها لانه دخل على أن يسلم له ما شرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لانه مجمع عليه وان مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لانه غير لازم من جهته فبطل بهذه الاشياء كالعقود الجائزة فان مات العبد بطل لانه لا يلحقه العتق بعد الموت وان جن لم تبطل لانه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار

﴿ فصل ﴾ وان أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لان الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفة وهو قوله فاذا أديت فأنت حر فاذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها وان أداه الى غير من كاتبه لم يعتق لانه لم توجد الصفة فاذا عتق تبعه ما فضل فى يده من الكسب وان كانت جارية تبعها الولد لانه جعل كالكتابة الصحيحة فى العتق فكانت كالصحيحة فى الكسب والولد

﴿ فصل ﴾ ويرجع السيد عليه بقيمته لانه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع اليه فرجع ببدله كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت فى يد المشترى ويرجع العبد على المولى بما أداه اليه لانه دفعه عما عليه فاذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع فان كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالاثمان وغيرها من ذوات الامثال ففيه أربعة أقوال أحدها انهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لانه لا فائدة فى أخذه ورده والثانى انه ان رضى أحدهما تقاصا وان لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لانه اذا رضى أحدهما فقد اختار الراضى منهما قضاء ما عليه بالذى له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من اى جهة شاء والثالث انهما ان تراضيا قاصا وان لم يتراضيا لم يتقاصا لانه اسقاط حق بحق فلم يجز الا بالتراضى كالحوالة والرابع انهما لا يتقاصان بحال لانه بيع دين بدين وان أخذ من سهم الرقاب فى الزكاة فان لم يكن فيه وفاء استرجع منه وان كان فيه وفاء فقد قال فى الام يسترجع ولا يعتق لانه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب ومن أصحابنا من قال لا يسترجع لانه كالكتابة الصحيحة فى العتق والكسب

(قوله تقاصا) أصل المقاصة المماثلة من قولهم قص الخبر اذا حكاه فاداه على مثل ما سمع والقصاص فى الجراح ان يستوفى مثل جرحه وكذلك سميت المقاصة فى الدين لان على كل واحد منهما لصاحبه مثل ما للآخر (قوله باشر عتقه) أى تولاه بنفسه ولم يعلقه على عتق صاحبه

﴿فصل﴾ فان كاتب عبدا صغيرا أو مجنونا فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ في ملك ما فضل في يده من الكسب وفي التراجع فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق انه لا يملك ما فضل في يده من الكسب ولا يثبت التراجع وهو رواية المزني في المجنون لان العقد مع الصبي ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيأ وقبضه وتلف في يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فان عقده عقد يقتضي الضمان ولهذا لو اشترى شيأ ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان والثاني وهو قول أبي العباس انه يملك ما فضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع وهو رواية الربيع في المجنون لانه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد

﴿فصل﴾ وان كاتب بعض عبده وقلنا انه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق الى باقيه لانه عتق بسبب منه فان كاتب شركا له في عبد من غير اذن شريكه نظرت فان جمع كسبه ودفع نصفه الى الشريك ونصفه الى الذي كاتبه عتق لوجود الصفة فان جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان أحدهما لا يعتق لان الاداء يقتضي أداء ما يملك التصرف فيه وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه والثاني يعتق لان الصفة قد وجدت فان كاتبه باذن شريكه فان قلنا انه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه اذا كاتبه بغير اذنه وان قلنا انه صحيح ودفع نصف الكسب الى الشريك ونصفه الى الذي كاتبه عتق فان جمع الكسب كله ودفعه الى الذي كاتبه فقد قال بعض أصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله والمذهب انه لا يعتق لان الكتابة صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة فاذا دفع فيها ما لا يملكه صار كما لو لم يؤد بخلاف القسم قبله فانها كتابة فاسدة والمغلب فيها الصفة واذا حكمنا بالعتق في هذه المسائل في نصيبه فان كان المعتق موسرا سرى الى نصيب الشريك وقوم عليه لانه عتق بسبب منه ولا يلزم العبد ضمان السراية لانه لم يلتزم ضمان ما سرى اليه

﴿فصل﴾ وان كاتب عبيدا على مال واحد وقلنا ان الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق لانه برئ مما عليه وان قلنا ان الكتابة فاسدة فأدى بعضهم فالمنصوص انه يعتق لان الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة في الاحكام فكذلك في العتق بالاداء ومن أصحابنا من قال لا يعتق وهو الاظهر لان العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد باداء بعضهم

﴿باب اختلاف المولى والمكاتب﴾

اذا اختلفا فقال السيد كاتبتك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور علي فأنكر العبد فان كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه لان الاصل بقاؤه على الجنون أو الحجر وان لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد لان الظاهر عدم الجنون والحجر وان اختلفا في قدر المال أو في نجومه تحالفا قياسا على المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن أو في الاجل فان كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر الى الفسخ فيه وجهان كما ذكرناه في المتبايعين وان كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول في البيع الفاسد

﴿فصل﴾ وان وضع شيأ عنه من مال الكتابة ثم اختلفا فقال السيد وضعت النجم الاخير وقال المكاتب بل الاول فالقول قول السيد وان كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين دينارا لم يصح لانه أبرأه مما لا يملكه فان قال أردت ألف درهم بقيمة خمسين دينارا صح وان اختلفا فيما عنى فادعى المكاتب انه عنى ألف درهم بقيمة خمسين دينارا وأنكر السيد ذلك فالقول قول السيد لان الظاهر معه ولانه أعرف بما عنى وان أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى أنت حر وخرج المال مستحقا فادعى العبد ان عتقه بقوله أنت حر وقال المولى أردت انك حر بما أديت وقد بان انه مستحق فالقول قول السيد

لأنه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده وان قال السيد استوفيت أو قال العبد أليس أوفيتك فقال بلى فادعى المكاتب انه وفاه الجميع وقال المولى بل وفاني البعض فالقول قول السيد لان الاستيفاء لايقتضى الجميع

﴿فصل﴾ وان كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا فى ولدها وقلنا ان الولد يتبعها فقالت الجارية ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معى وقال المولى بل ولدته قبل الكتابة فهو لى فالقول قول السيد لان هذا اختلاف فى وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتبة تقول قبل الولادة والاصل عدم العقد وان كاتب عبدا ثم زوجه أمة له ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد أتت به قبل الشراء فهو لى وقال العبد بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو لى فالقول قول العبد لان هذا الاختلاف فى الملك والظاهر مع العبد لانه فى يده بخلاف المسئلة قبلها فان هناك لم يختلفا فى الملك وانما اختلفا فى وقت العقد

﴿فصل﴾ وان كاتب عبدين فاقر انه استوفى ماعلى أحدهما أو أبرأ أحدهما واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما انه هو الذى استوفى منه أو أبرأه رجع الى المولى فان أخبر انه أحدهما قبل منه لانه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه فان طلب الآخر يمينه حلف له وان ادعى المولى انه أشكل عليه لم يقرع بينهما لانه قد يتذكر فان ادعيا انه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة ومن أصحابنا من قال ترد الدعوى عليهما فان حلفا أو نكلا بقيا على الكتابة وان حلف أحدهما ونكل الآخر عتق الحالف وبقى الآخر على الكتابة وان مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان أحدهما يقرع بينهما لان الحرية تعينت لاحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة كما لو قال لعبدين أحدكما حر والثانى انه لايقرع لان الحرية تعينت فى أحدهما فاذا أقرع لم يؤمن ان تخرج القرعة على غيره فعلى هذا يرجع الى الوارث فان قال لاأعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة على ماذكرناه فى المولى

﴿فصل﴾ وان كاتب ثلاثة أعبد فى عقود أو فى عقد على مائة وقلنا انه يصح وقيمة أحدهم مائة وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون فأدوا المال من أيديهم ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته النصف لى ولكل واحد منكما الربع وقال الآخران بل المال بيننا أثلاثا ويبقى عليك تمام النصف ويفضل لكل واحد منا مازاد على الربع فقد قال فى موضع القول قول من كثرت قيمته وقال فى موضع القول قول من قلت قيمته فمن أصحابنا من قال هى على قولين أحدهما ان القول قول من قلت قيمته وان المؤدى بينهم أثلاثا لان يد كل واحد منهم على ثلث المال والثانى ان القول قول من كثرت قيمته لان الظاهر معه فان العادة ان الانسان لايؤدى أكثر مما عليه ومنهم من قال هى على اختلاف حالين فالذى قال القول قول من كثرت قيمته اذا وقع العتق بالاداء لان الظاهر انه لايؤدى أكثر مما عليه والذى قال ان القول قول من قلت قيمته اذا لم يقع العتق بالاداء فيؤدى من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثانى والدليل عليه أنه قال فى الام اذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين فاذا قلنا انه بينهم على العدد أثلاثا فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجز لان الظاهر انهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به ويحتسب لهما من النجم الثانى

﴿فصل﴾ وان كاتب رجلان عبدا بينهما فادعى المكاتب انه أدى اليهما مال الكتابة فاقر أحدهما وأنكر الآخر عتق حصة المقر والقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه وهو الربع لحصول حقه فى يده ويطالب المكاتب بالباقى وله أن يطالب

المكاتب بالجميع وهو النصف فان قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب وليس لاحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لان كل واحد منهما يدعى ان الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره وان وجد المكاتب عاجزا فعجزه أحدهما رق نصفه قال الشافعى رحمه الله ولا يقوم على المقر لان التقويم لحق العبد وهو يقول أنا حر مسترق ظلما فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب لانه يدفع بها ضررا من استرجاع نصف ما فى يده فان ادعى المكاتب انه دفع جميع المال الى أحدهما ليأخذ منه النصف ويدفع الى شريكه النصف نظرت فان قال المدعى عليه دفعت الى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصة المدعى عليه باقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين لانه لا يدعى عليه واحد منهما تسليم المال اليه وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر لان كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره فان استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حرا وان عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعى رحمه الله انه يقوم على المقر ووجهه انه عتق نصيبه بسبب من جهته وقال فى المسئلة قبلها لا يقوم فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الاخرى فجعلهما على قولين ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم فى المسئلة قبلها على ما نص عليه لان فى المسئلة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد وههنا يقول نصفى مملوك فأستحق التقويم وان قال المدعى عليه قبضت المال وسلمت نصفه الى شريكى وأمسكت النصف لنفسى وأنكر الشريك القبض عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه لان المقر يدعى التسليم اليه فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد وله أن يطالب المقر باقراره بالقبض فان رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لانه يقول ان شريكى ظلمنى وان رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لانه فرط فى ترك الاشهاد فان حصل للمنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب وان عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان للمنكر أن يسترق نصيبه فاذا رق قوم على المقر لانه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة ويرجع المنكر على المقر بنصف ما أقر بقبضه لانه بالتعجيز استحق نصف كسبه وان حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لانه كسبه

﴿ كتاب عتق أمهات الاولاد ﴾

اذا علقت الامة بولد حر فى ملك الواطئ صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها لما ذكرناه فى البيوع فان مات السيد عتقت لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من ولدت منه أمته فهى حرة من بعد موته وتعتق من رأس المال لانه اتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالاتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم وان علقت بولد مملوك فى غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له لان حرمة الاستيلاد انما تثبت للام بحرية الولد والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت له مارية القبطية فقال أعتقها ولدها والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الام بسببه وان علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد فى الحال فاذا ملكها ففيه قولان أحدهما لا تصير أم ولد لانها علقت منه فى غير ملكه فاشبه اذا علقت منه فى نكاح فاسد أو زنا والثانى انها تصير أم ولد لانها علقت منه بحر فاشبه اذا علقت منه فى ملكه وان علقت بولد مملوك فى ملك ناقص وهى جارية المكاتب اذا علقت من مولاها ففيه قولان أحدهما انها لا تصير أم ولد لانها علقت منه بمملوك والثانى انها تصير أم ولد لانه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لامه

(قوله مارية القبطية) بغير تشديد والمرو ضرب من الرياحين لعلها سميت به قال الاعشى
وآس وخيرى ومروى وسمسق * السمسق المرزنجوش وروى وسوسن
ولعلها منقولة من مارية للطائر المعروف

﴿فصـل﴾ وان وطئ أمته فاسقطت جنينا ميتا كان حكمه حكم الولد الحي في الاستيلاد لانه ولد وان أسقطت جزأ من الآدمي كالعين والظفر أو مضغة فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة انه تخطط وتصور ثبت له حكم الولد لانه قد علم انه ولد وان ألقت مضغة لم تتصوّر ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة انه مبتدأ خلق الآدمي ولو بقي لكان آدميا فقد قال ههنا ما يدل على انها لا تصير أم ولد وقال في العدد تنقضي به العدة فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلها على قولين أحدهما لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد ولا في انقضاء العدة لانه ليس بولد والثاني يثبت له حكم الولد في الجميع لانه خلق بشر فاشبه اذا تخطط ومنهم من قال لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد وتنقضي به العدة لان حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود الولد ولم يوجد الولد والعدة تراد لبراءة الرحم وبراءة الرحم تحصل بذلك

﴿فصـل﴾ ويملك استخدام أم الولد واجارتها ويملك وطأها لانها باقية على ملكه وانما ثبت لها حق الحرية بعد الموت وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه وهل يملك تزويجها فيه ثلاثة أقوال أحدها يملك لانه يملك رقبتها ومنفعتها فملك تزويجها كالامة القنة والثاني يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لانها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى ابطاله فملك تزويجها برضاها ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة والثالث لا يملك تزويجها بحال لانها ناقصة في نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالاخ في تزويج أخته الصغيرة فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها باذنهما فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انه لا يملك لانه قائم مقامهما ويعقد باذنهما فاذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما والثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه يملك تزويجها لانه يملك بالحكم ما لا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة

﴿فصـل﴾ وان أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها في حقها من العتق بموت السيد لان الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الام في العتق فكذلك في الاستيلاد فان ماتت الام قبل موت السيد لم يبطل الحكم في ولدها لانه حق استقر له في حياة الام فلم يسقط بموتها

﴿فصـل﴾ وان جنت أم الولد لزم المولى ان يفديها لانه منع من بيعها بالاحبال ولم يبلغ بها الى حال يتعلق الارش بذمتها فلزمه ضمان جنايتها كالعبد القن اذا جنى وامتنع المولى من بيعه ويفديها باقل الامرين من قيمتها أو أرش الجناية قولا واحدا لان في العبد القن انما فداه بارش الجناية بالغا ما بلغ في أحد القولين لانه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتريه با كثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه ان يفديها با كثر من قيمتها وان جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان أحدهما يلزمه ان يفديها لانه انما لزمه ان يفديها في الجناية الاولى لانه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة تتعلق الارش بذمتها وهذا موجود في الجناية الثانية فوجب ان تفدى كالعبد القن اذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه والقول الثاني وهو الصحيح انه لا يلزمه ان يفديها بل يقسم القيمة التي فدى بها الجناية الاولى بين الجنايتين على قدر أرشهما لانه بالاحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أ كثر من قيمتها ويخالف العبد القن فانه فداه لانه امتنع من بيعه والامتناع يتكرر فتكرر الفداء وههنا لزمه الفداء للاتلاف بالاحبال وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء وان جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت فان بقي من قدر قيمتها ما يفدى به الجناية الثانية لزمه ان يفديها وان بقي ما يفدى به بعض الجناية الثانية فعلى القولين ان قلنا يلزمه ان يفدي الجناية الثانية لزمه ان يفديها وان قلنا يشارك الثاني الاول في القيمة ضم ما بقي من قيمتها الى ما فدى به الجناية الاولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما

(قوله تخطط وتصور) أي ظهر فيه خلق الآدمي وتبين كما يتبين الخط في الشئ الذي يخطط بقلم أو حديدة وسوى ذلك وتصور ظهر فيه صورة الآدمي (قوله وان ألقت مضغة) المضغة القطعة وجمعها مضغ والمضغة الواحدة من اللحم وقلب الانسان مضغة من جسده وفي الحديث ان في ابن آدم مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله

﴿فصل﴾ وان أسلمت أم ولد نصرانى تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها الى ان تموت فتعتق لانه لا يمكن بيعها لما فيه من ابطال حقها من العتق المستحق بالاستيلاد ولا يمكن اعتاقها لما فيه من ابطال حق المولى ولا يمكن اقرارها فى يده لما فيه من الصغار على الاسلام فلم يبق الا ما ذكرناه وان كاتب كافر عبدا كافرا ثم أسلم العبد بقى على الكتابة لانه أسلم فى حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه او اعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقى على حالته فان عجز ورق أمر ببيعه

﴿باب الولاء﴾

اذا أعتق الحر مملوكا ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضى الله عنها قالت اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتقى فانما الولاء لمن أعتق وان عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاد أو قرابة أو أعتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء لانه عتق عليه فثبت له الولاء كما لو باشر عتقه وان باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان أحدهما انه يثبت له عليه الولاء لانه لم يثبت عليه رق غيره والثانى لا ولاء عليه لاحد لانه لم يعتق عليه فى ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء

﴿فصل﴾ وان أعتق المكاتب عبدا باذن المولى وصححنا عتقه ففى ولائه قولان أحدهما انه للسيد لان العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد والثانى انه موقوف فان عتق فهو له فان عجز فهو للسيد لان المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه فان مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففى ماله قولان أحدهما انه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء والثانى انه للسيد لان الولاء يجوز ان ينتقل فجاز ان يقف والارث لا يجوز ان ينتقل فلم يجز ان يقف

﴿فصل﴾ وان أعتق مسلم نصرانيا أو أعتق نصرانى مسلما ثبت له الولاء لان الولاء كالنسب والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء وان أعتق المسلم نصرانيا فلحق بدار الحرب فسبى لم يجز استرقاقه لان عليه ولاء المسلم فلا يجوز ابطاله وان أعتق ذمى عبده فلحق بدار الحرب وسبى ففيه وجهان أحدهما لا يجوز ان يسترق لانه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز ابطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم والثانى يجوز لان معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وان أعتق حربى عبدا حربيا ثبت له عليه الولاء فان سبى العبد المعتق أو سبى مولاه واسترق بطل ولاؤه لانه لا حرمة له فى نفسه ولا ماله وان أعتق ذمى عبدا ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى للآخر لان كل واحد منهما أعتق الآخر

﴿فصل﴾ وان اشترك اثنان فى عتق عبد اشتركا فى الولاء لاشتراكهما فى العتق وان كاتب رجل عبدا ومات وخلف اثنين فاعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما له عليه فان قلنا لا يقوم عليه فادى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لانه عتق بالكتابة على الاب وقد ثبت له الولاء فانتقل اليهما وان عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففى ولاء النصف المعتق وجهان أحدهما انه بينهما لانه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للاب وانتقل اليهما والثانى انه للمعتق خاصة لانه هو الذى أعتقه ووقف الآخر عن العتق وان قلنا انه يقوم فى الحال فقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه فى المقوم لان بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه وأما النصف الآخر فانه عتق بالكتابة وفى ولائه وجهان أحدهما انه بينهما والثانى انه للمعتق خاصة وان قلنا يؤخر التقويم فان أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما وان عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء فى النصف المقوم لانه عتق عليه والنصف الآخر عتق بالكتابة وفى ولائه وجهان

﴿فصل﴾ ولا يثبت الولاء لغير المعتق فان أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطا لم يثبت له عليه الولاء

لحديث عائشة رضى الله عنها فانما الولاء لمن أعتق وانما فى اللغة موضوع لاثبات المذكور ونفى ماعداه فدل على اثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه ولان الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع فى الولاء الا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد فى غيره فلا يلحق به

﴿فصل﴾ ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته ولان الولاء كالنسب والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء وان أعتق عبدا سائبة على ان لا ولاء عليه عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولان هذا فى معنى الهبة وقد بينا انه لا يصح هبته

﴿فصل﴾ وان مات العبد المعتق وله مال ولا وارث له ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن ان رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل وقال اشتريته وأعتقته فقال هو مولاك ان شكرك فهو خير له وان كفرك فهو شر له وخير لك فقال فما أمر ميراثه فقال ان ترك عصبة فالعصبة أحق والا فالولاء وان كان له عصبة لم يرث للخبر ولان الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده وان كان له من يرث الفرض فان كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرثه لانه اذا لم ترث العصبات مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى وان كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض لما روى عبد الله بن شداد قال أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبى صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة النصف وابنته النصف

﴿فصل﴾ وان مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة لان الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر والنسب الى العصبات دون غيرهم ويقدم الاقرب فالاقرب لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال المولى أخ فى الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق ولان فى عصبات الميت يقدم الاقرب فالاقرب وكذلك فى عصبات المولى فان كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت لانا بينا انه لا يرث الولاء غير العصبات والبنت ليست من العصبات ولان الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت اذا تباعد نسبها منه وهى بنت الاخ والعمة فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى وان كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالميراث للابن لان تعصيب الابن أقوى لانه يسقط تعصيب الاب فان لم يكن بنون فالولاء للاب دون الجد والاخ لانه أقرب منهما وان ترك جدا وأخا ففيه قولان أحدهما انهما يشتركان كما يشتركان فى ارث النسب والثانى يقدم الاخ لان تعصيبه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الاب وانما لم يقدم فى ارث النسب للاجماع وليس فى الولاء اجماع فوجب ان يقدم فان ترك جدا وابن أخ فهو على القولين ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم الجد وان قلنا ان الاخ يقدم قدم ابنه وان ترك أبا الجد والعم فعلى القولين ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم أبو الجد وان قلنا ان الاخ يقدم قدم العم وان اجتمع الاخ من الاب والام والاخ من الاب قدم الاخ من الاب والام كما يقدم فى الارث بالنسب ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يقدم لما قلناه والثانى انهما سواء لان الام لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من يدلى بها فان لم يكن للمولى عصبة وله مولى فالولاء لمولاه لان المولى كالعصبة فان لم يكن له مولى فلعصبة مولاه فان لم يكن له مولى ولا عصبة مولى وهناك مولى لعصبة المولى نظرت فان كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث لان انعامه على أخيه لا يتعدى اليه وان كان مولى أبيه أو جده ورث لان انعامه عليه انعامه على نسله

﴿فصل﴾ فان أعتق عبدا ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم مات العبد وله مال ورثه

(قوله الولاء لحمة كلحمة النسب) اللحمة بالضم القرابة ولحمة الثوب ولحم البازى يضم ويفتح وقال ابن الاعرابى لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحان واللحمة ما يصاد به الصيد وعامة الناس يقولون لحمة فى الثلاثة (قوله وان أعتق عبدا سائبة على ان لا ولاء عليه لاحد) لقوله تعالى ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام فالبحيرة الناقة التى تنتج خمسة أبطن توالى تاجهن وكان الخامس ذكرا نحروه وأكلوه الرجال والنساء فان كان الخامس أنثى بحروا أذنها أى شقوها وكان حراما على النساء لحمها ولبنها فاذا ماتت حلت للنساء والبحر الشق وسمى البحر بحرا لان الله تعالى جعله مشقوقا فى الارض شقا والسائبة البعير يسيب لنذر يكون على الرجل أى يسيب فلا يمنع عن مرعى ولا ماء وأصله من تسيب الدابة وهو ارسالها كيف شاءت وكان أبو العالية سائبة والوصيلة فى الغنم قال العزيز كانت الشاة اذا ولدت سبعة أبطن فان كان السابع ذكرا ذبح فأكل منه الرجال والنساء

الكبير من عصبة المولى وهو الابن دون ابن الابن لما روى الشعبي قال قضى عمر وعلي وزيد رضي الله عنهم ان الولاء للكبير ولان الولاء يورث به ولا يورث والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث فاذا ثبت انه لا يورث ثبت انه انما يورث به ما ثبت للمولى من الولاء فوجب ان يكون للكبير لانه أقرب الى المولى وان مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنا ومات الثاني وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتق كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم في القرب ولو ظهر للمولى مال كان بينهم أثلاثا لابن الابن الثلث وللاربعة الثلث وللخمسة الثلث لان المال انتقل الى أولاده أثلاثا ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم الى أولاده والولاء لم ينتقل الى أولاده وانما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذي ثبت له الولاء وهم في القرب منه سواء فتساووا في الميراث

﴿فصل﴾ اذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فاتت منه بولد ثبت لمولى الام الولاء على الولد لانه عتق باعتاق الام فكان ولاؤه لمولاها فان أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالي الام الى موالي العبد والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال مر الزبير بموال لرافع بن خديج فاعجبوه فقال لمن هؤلاء فقالوا هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان فاشترى الزبير أباهم فاعتقه ثم قال أنتم موالي فاختصم الزبير ورافع الى عثمان رضي الله عنه فقضى عثمان للزبير قال هشام فلما كان معاوية خاصموا فيهم أيضا فقضى لنا معاوية ولان الولاء فرع للنسب والنسب معتبر بالارث وانما ثبت لمولى الام لعدم الولاء من جهة الأب كولد الملاعنة نسب الى الام لعدم النسب من جهة الأب فاذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء الى موضعه كولد الملاعنة اذا اعترف به الزوج وان أعتق جد الولد دون الأب ففي ولائه ثلاثة أوجه أحدها ينجر الولاء الى معتقه لانه كالاب في الانتساب اليه وولاية فكان كالاب في جر الولاء الى معتقه والثاني لا ينجر لان بينه وبين الولد الاب فلا ينجر الولاء الى معتقه كالاخ والثالث ان كان الاب حيا لم ينجر الولاء الى معتقه وان كان ميتا انجر لان مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق فان قلنا انه ينجر الولاء الى معتقه فانجر ثم أعتق الاب انجر من مولى الجد الى مولى الاب لانه أقوى من الجد في النسب وأحكامه

﴿فصل﴾ وان تزوج عبد رجل بامة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الامة وولدها ثبت له عليها الولاء فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد الى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك انه ولد مسه الرق ثم ناله العتق والعلة في ذلك ان المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ما قبلها فان أحدهما أنعم على الام والاخر أنعم على الاب فقدم المنعم على الاب لان النسب اليه والولاء فرع للنسب وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليه على المنعم على أبيه وان تزوج عبد لرجل بجارية آخر فبلت منه ثم أعتقت الجارية وهي حامل ثبت الولاء على الجارية وحملها فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء الى مولاه لما ذكرناه من العلة وان تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد لم يثبت عليه الولاء لمولى الام لان الاستدامة في الاصول أقوى من الابتداء ثم ابتداء الحرية في الاب تسقط استدامة الولاء لمولى الام فلان تمنع استدامة الحرية في الاب ابتداء الولاء لمولى الام أولى وان تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر وأولدها ولدا ثبت الولاء على الولد لموالي الام فان اشترى الولد أباه عتق عليه وثبت له الولاء عليه وهل ينجر ولاء نفسه بعتق الاب فيه وجهان أحدهما لا ينجر لانه لا يملك ولاء نفسه فعلى هذا يكون ولاؤه باقيا لموالي الام والثاني انه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزيل به الولاء عن نفسه ويصير حرا لا ولاء عليه لان عتق الاب يزيل الولاء عن معتق الام

(قوله الكبر) بضم الكاف يعني الكبير الادنى تعصيبا وان كانت أنثى تركت في الغنم وان كانت ذكرا وأنثى قالوا وصلت أخاها فلم تذبح لمكانها وكان لحمها حراما على النساء ولبن الام حراما على النساء الا ان يموت شئ فيأكله الرجال والنساء وأما الحامي فهو الفحل اذا ركب ولد ولده ويقال اذا نتج من صلبه عشرة أبطن قالوا حمى ظهره فلم يركب ولا يمنع من مرعى ولا يخلى من ماء

﴿فصل﴾ اذا مات رجل وخلف اثنين وعبدا فادعى العبد ان المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فادى الى المصدق كتابته عتق نصفه وفي ولائه وجهان أحدهما ان الولاء بينهما لانه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما والثاني ان الولاء للمصدق لان المكذب اسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الاخوين على دين لابيهما فأخذ نصفه فان الآخر لا يشاركه في نصفه وان تزوج المكاتب بحرة فأولدها فان كان على الحرة ولاء لمعتق كان له ولاء الولد فان عتق الاب بالاداء جر ولاء ولده من معتق الام الى معتقه فان اختلف مولاه ومولى الام فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالاداء وجر الى ولاء الولد وقال مولى الام لم يعتق وولاء الولد لي نظرت فان كان المكاتب حيا عتق باقرار سيده وانجر الولاء الى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد وان كان قد مات واختلف السيد ومولى الام فان كان للسيد المكاتب بينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين قضى له لانها بينة على المال وان لم تكن له بينة فالقول قول مولى الام مع يمينه لانا تيقنا رق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الام فلا ينتقل عنه من غير بينة وبالله التوفيق

﴿كتاب الفرائض﴾

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين والدليل عليه ماروى ابن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما

﴿فصل﴾ واذا مات الميت بدئ من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه لماروى خباب بن الارت قال قتل مصعب ابن عمير رضي الله عنه يوم أحد وليس له الا نمرة كنا اذا غطينا بها رأسه خرجت رجله واذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبي صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الاذخر ولأن الميراث انما انتقل الى الورثة لانه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الارث ويعتبر ذلك من رأس المال لانه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين

﴿فصل﴾ ثم يقضى دينه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصي بها أو دين ولان الدين تستغرقه حاجته فقدم على الارث وهل ينتقل ماله الى الورثة قبل قضاء الدين اختلف أصحابنا فيه فذهب أبو سعيد الاصطخري رحمه الله الى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه الى أن يقضى دينه فان حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الامة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء لانه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة فدل على أنه باق على ملكه وذهب سائر أصحابنا الى أنه ينتقل الى الورثة فان حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء وهو المذهب لانه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو اعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين وان كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب الغرماء ببيعها ففيه وجهان بناء على القولين فيما يفدى به المولى جناية العبد أحدهما لا يجب بيعها لان الظاهر أنها لا تشترى بأكثر من قيمتها وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل والثاني يجب بيعها لانه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها

﴿فصل﴾ ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصي بها أو دين ولان الثلث بقي على حكم ملكه ليصرفه في حاجاته فقدم على الميراث كالدين

﴿فصل﴾ ثم تقسم التركة بين الورثة والاسباب التي يتوارث بها الورثة المعينون ثلاثة رحم وولاء ونكاح لان الشرع ورد بالارث بها وأما المؤاخاة في الدين والموالاة في النصرة والارث فلا يورث بها

﴿كتاب الفرائض﴾ سميت فرائض لكثرة ذكر الفرض فيها (قوله مؤنة تجهيزه) أي تهيئته وجهازه من الكفن والحنوط والغسل يقال جهزت العروس الى زوجها اذا هيئت وقد ذكر في الجنائز (قوله وليس له الا نمره) النمرة بردة مخططة من صوف تلبسها الاعراب وقد ذكرنا يضا وذكر الاذخر

لان هذا كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بقوله عزوجل وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله

﴿فصل﴾ والوارثون من الرجال عشرة الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ وابن الاخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة والوارثات من النساء سبع البنت و بنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة لان الشرع ورد بتوريثهم على مانذكره ان شاء الله تعالى فأماذوو الارحام وهم الذين لافرض لهم ولا تعصيب فانهم لايرثون وهم عشرة ولد البنات وولد الاخوات و بنات الاخوة و بنات الاعمام وولد الاخوة من الام والعم من الام والعمة والخال والخالة والجد أبو الام ومن يدلى بهم والدليل عليه ماروى أبو امامة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ولا وصية لوارث فأخبر انه أعطى كل ذى حق حقه فدل على ان كل من لم يعطه شيأ فلاحق له ولان بنت الاخ لاترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى ولايرث العبد المعتق من مولاه لماذكرناه من حديث أبى أمامة ولقوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق

﴿فصل﴾ ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصليا كان أومرتدا لما روى أسامة بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم و يرث الذمى من الذمى وان اختلفت أديانهم كاليهودى من النصرانى والنصرانى من المجوسى لانه حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ولا يرث الحربى من الذمى ولا الذمى من الحربى لان الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر

﴿فصل﴾ ولا يرث الحر من العبد لان مامعه من المال لا يملكه فى أحد القولين وفى الثانى يملكه ملكا ضعيفا ولهذا لو باعه رجع الى مالكه فكذلك اذا مات ولا يرث العبد من الحر لانه لا يورث بحال فلم يرث كالمرتد ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث وقال المزنى يرث بقدر مافيه من الحرية ويحجب بقدر مافيه من الرق والدليل على أنه لا يرث انه ناقص بالرق فى النكاح والطلاق والولاية فلم يرث كالعبد وهل يورث منه ماجمعه بالحرية فيه قولان قال فى الجديد يرثه ورثته لانه مال ملكه بالحرية فورث عنه كمال الحر وقال فى القديم لا يورث لانه اذا لم يرث بحريته لم يورث بها وما الذى يصنع بماله قال الشافعى رضى الله عنه يكون لسيده وقال أبو سعيد الاصطخرى يكون لبيت المال لانه لا يجوز أن يكون لسيده لانه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث لرقه فجعل لبيت المال ليصرف فى المصالح كمال من لا مالك له

﴿فصل﴾ ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لانه لم يكن وارثا عند الموت فلم يرث كما لو أسلم أو اعتق بعد القسمة وان دبر رجل أخاه فعتق بموته لم يرثه لانه صار حرا بعد الموت وان قال له أنت حر فى آخر جزء من أجزاء حياتى المتصل بالموت ثم مات عتق من ثلثه وهل يرثه فيه وجهان أحدهما لا يرثه لان العتق فى المرض وصية والارث والوصية لا يجتمعان والثانى يرثه ولا يكون عتقه وصيه لان الوصية ملك بموت الموصى وهذا لم يملك نفسه بموته وان قال فى مرضه ان مت بعد شهر فانت اليوم حر فمات بعد شهر عتق يوم تلفظ وهل يرثه على الوجهين

﴿فصل﴾ واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فنهم من قال ان كان القتل مضمونا لم يرثه لانه قتل بغير حق وان لم يكن مضمونا ورثه لانه قتل بحق فلا يحرم به الارث ومنهم من قال ان كان متهما كالمخطئ أو كان حاكما فقتله فى الزنا بالبينة لم يرثه لانه متهم فى قتله لاستعجال الميراث وان كان غير متهم بان قتله باقراره بالزنا ورثه لانه غير متهم لاستعجال الميراث ومنهم من قال لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح لماروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يرث القاتل شيأ ولان القاتل حرم الارث حتى لا يجعل ذريعة الى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب

(قوله حتى لا يجعل ذريعة) الذريعة الوسيلة أى يتوصل بها الى الميراث (قوله لحسم الباب) الحسم القطع ومنه قيل للسيف حسام أى قاطع

﴿فصل﴾ واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت فقال في أحد القولين انها ترثه لانه متهم في قطع ارثها فورثت كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث والثاني انها لا ترث وهو الصحيح لانها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة فاذا قلنا انها ترث فالى أي وقت ترث فيه ثلاثة أقوال أحدها ان مات وهي في العدة ورثت لان حكم الزوجية باق وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لانه لم يبق حكم الزوجية والثاني أنها ترث مالم تتزوج لانها اذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك والثالث أنها ترث أبدا لان توريثها للفرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها وأما اذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث لانه بطل حكم المرض وان سألته الطلاق لم ترث لانه غير متهم وقال أبو علي بن أبي هريرة ترث لان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وكانت سألته الطلاق وهذا غير صحيح فان ابن الزبير خالف عثمان في ذلك وان علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز أن توجد قبل المرض فوجدت الصفة في حال المرض لم ترث لانه غير متهم في عقد الصفة وان علق طلاقها في المرض على فعل من جهتها فان كان فعلا يمكنها تركه ففعلت لم ترث لانه غير متهم في ميراثها وان كان فعلا لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين وان قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث لانه مضطر الى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة وان فسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان أحدهما أنه كالطلاق في المرض والثاني أنها لا ترث لانه يستند الى معنى من جهتها ولانه محتاج الى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب

﴿فصل﴾ وان طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات أو طلقها في المرض ثم ارتدت ثم عادت الى الاسلام ثم مات لم ترثه قولا واحدا لانه أتت عليها حالة لو مات سقط ارثها فلم يعد

﴿فصل﴾ وان مات متوارثان بالغرق أو الهدم فان عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسي وقف الميراث الى أن يتذكر لانه يرجى أن يتذكر وان علم انهما ماتا معا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر ولم يعرف بعينه جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقي من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر لانه لا تعلم حياته عند موت صاحبه فلم يرثه كالجنين اذا خرج ميتا

﴿فصل﴾ وان أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله وان مات له من يرثه دفع الى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي الى أن يتبين أمره

﴿باب ميراث أهل الفرائض﴾

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله عز وجل وهي النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس وهم عشرة الزوج والزوجة والام والجدة والبنت وبنت الابن والاخت وولد الام والاب مع الابن وابن الابن والجد مع الابن وابن الابن فأما الزوج فله فرضان النصف وهو اذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن والربع وهو اذا كان معه ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله عز وجل ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين فأما الزوجة فلها أيضا فرضان الربع اذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن والثمن اذا كان معها ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد وقسنا ولد الابن في ذلك على ولد الصلب لاجماعهم على انه كولد الصلب في الارث والتعصيب فكذلك في حجب الزوجين والزوجتين والثلاث والاربع ما للواحدة من الربع والثمن لعموم الآية

(قوله بت طلاق امرأته) البت القطع بته يبته اذا قطعه (قوله لدرء الحد) الدرء الدفع درأه درأ أي دفعا (قوله الجنين في البطن) مشتق من الجنة وهي السترة يقال جن واستجن اذا استتر وقد ذكر

﴿فصل﴾ وأما الام فلها ثلاثة فروض أحدها الثلث وهو اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعدا من الاخوة والاخوات لقوله عز وجل وورثه أبواه فلامه الثلث والفرض الثاني السدس وذلك في حالين أحدهما أن يكون للميت ولد او ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ففرض لها السدس مع الولد وقسنا عليه ولد الابن والثاني أن يكون له اثنان فصاعدا من الاخوة والأخوات والدليل عليه قوله عز وجل فان كان له اخوة فلامه السدس ففرض لها السدس مع الاخوة وأقلهم ثلاثة وقسنا عليهم الأخوين لان كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات والفرض الثالث ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين وذلك في مسألتين في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين للام ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين والباقي للأب والدليل عليه ان الأب والأم اذا اجتمعا كان للأب الثلثان وللام الثلث فاذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقي بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين كما لو اجتمعا مع بنت

﴿فصل﴾ وأما الجدة فان كانت أم الام أو أم الأب فلها السدس لما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة الى أبي بكر رضي الله عنه فسألته عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ليس لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ فارجعي حتى أسأل الناس فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاها السدس فقال أبو بكر رضي الله عنه هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الانصاري رضي الله عنه فقال مثل ما قال فانفذه لها أبو بكر رضي الله عنه ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر رضي الله عنه فسألته ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيأ ولكن هو ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو بينكما فايكما خلت به فهو لها وان كانت أم أبي الام لم ترث لانها تدلي بغير وارث وان كانت أم أبي الاب ففيه قولان أحدهما انها ترث وهو الصحيح لانها جدة تدلي بوارث فورثت كأم الام وأم الاب والثاني أنها لا ترث لانها جدة تدلي بجد فلم ترث كأم أبي الام فان اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الام وأم الاب فالسدس بينهما لما ذكرناه فان كانت احداهما أقرب نظرت فان كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لان البعدى تدلي بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الاب وأم الام مع الام وان كانت القربى من جهة الاب والبعدى من جهة الام ففيه قولان أحدهما أن القربى تحجب البعدى لانهما جدتان ترث كل واحدة منهما اذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى كما لو كانت القربى من جهة الام والثاني لا تحجبها وهو الصحيح لان الاب لا يحجب الجدة من جهة الام فلأن لا تحجبها الجدة التي تدلي به أولى ونخالف القربى من جهة الام فان الام تحجب الجدة من قبل الاب فحجبتها أمها والاب لا يحجب الجدة من قبل الام فلم تحجبها أمه فان اجتمعت جدتان احداهما تدلي بولادتين بان كانت أم أم أب أو أم أم أم والاخرى تدلي بولادة واحدة كأم أب أب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التي تدلي بولادة سهما وتأخذ التي تدلي بولادتين سهمين والثاني وهو الصحيح انهما سواء لانه شخص واحد فلا يأخذ فرضين

﴿فصل﴾ وأما البنت فلها النصف اذا انفردت لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف وللاثنتين فصاعدا الثلثان لما روى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عمهما لهما مالا الا أخذه فما ترى يا رسول الله والله لا تنكحان الا ولهما مال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي الله في ذلك

فنزلت

(قوله وأيكما خلت به) أي انفردت به مأخوذ من الموضع الخالي الذي ليس فيه أحد (قوله جدتان محاذيتان) اي متساويتان وحذاء الشيء ازاؤه يقال قعد بحذائه وحاذاه اي صار بحذائه (قوله يدلي بقرابة) ويدلي الاب اي يتوصل ويمت وهو من ادلاء الدلو الى الماء ومنه قول عمر رضي الله عنه حين استسقى بالعباس رضي الله عنه دلونا به اليك مستشفعين وأدلى بحجته اي احتج بها وهو يدلي برحمة اي يمت بها (قوله الام تحجب الجدة) والحجب وهم يحجبون كله بمعنى يمنعون وحجبه اي منعه من الدخول وأصل الحجاب الستر الذي يمنع عن النظر (قوله فصاعدا) هو من الصعود والارتفاع الى فوق اي فما فوق ذلك

فنزلت اليه سورة النساء يوصيكم الله في أولادكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادعوا الى المرأة وصاحبها فقال لعمهما اعطهما الثلثين واعط أمهما الثمن ومابقي فلك فدلت الآية وهو قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك على فرض مازاد على الاثنتين ودلت السنة على فرض الثنتين

﴿فصل﴾ وأما بنت الابن فلها النصف اذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لاجماع الامة على ذلك ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين لماروى الهزيل بن شرحبيل قال جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضي الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا للبنت النصف وللاخت النصف وآت عبد الله فانه سيتابعنا فاتى عبد الله فقال اني قد ضللت اذا وما أنا من المهتدين لاقضين بينهما بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين ومابقي فللاخت ولان بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات الا السدس وهكذا لو ترك بنتا وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى وان ترك بنتا وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرج كان لهن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين مالبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبدا

﴿فصل﴾ وأما الاخت للاب والام فلها النصف اذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لقوله عز وجل يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وللثلاث فصاعدا ما للاثنتين لان كل فرض يغير بالعدد كان الثلاث فيه كالاثنتين كالبنات وللاخت من الاب عند عدم الاخت من الاب والام النصف اذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لان ولد الاب مع ولد الاب والام كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كميراثهم

﴿فصل﴾ والاخوات من الاب والام مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ماذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل وروى ابراهيم عن الاسود قال قضى فينا معاذ بن جبل رضي الله عنه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة تركت بنتها وأختها للبنت النصف وللاخت النصف وعن الاسود قال كان ابن الزبير لايعطي الاخت مع البنت شيأ فقلت ان معاذا قضى فينا باليمن فاعطى البنت النصف والاخت النصف قال فانت رسولي بذلك فان لم تكن أخوات من الاب والام فالاخوات من الاب لانهن يرثن مايرث الاخوات من الاب والام عند عدمهن

﴿فصل﴾ وأما ولد الام فللواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث والدليل عليه قوله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث والمراد به ولد الام والدليل عليه ماروى ان عبد الله وسعدا كانا يقرآن وله أخ أو أخت من أم وسوى بين الذكور والاناث للآية ولانه ارث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والانثى كميراث الابوين مع الابن

﴿فصل﴾ وأما الاب فله السدس مع الابن وابن الابن لقوله عز وجل ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ففرض له السدس مع الابن وقيس عليه اذا كان مع ابن الابن لان ابن الابن كالابن في الحجب والتعصيب وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لاجماع الامة

﴿فصل﴾ ولا ترث بنت الابن مع الابن ولا الجدة أم الاب مع الاب لانها تدلي به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن والجد مع الاب ولا ترث الجدة من الام مع الام لانها تدلي بها ولا الجدة من الاب

(قوله وان كن نساء فوق اثنتين) المراد به الاثنتين فصاعدا كقوله تعالى فاضربوا فوق الأعناق والمراد اضربوا الأعناق (قوله قد ضللت اذا) ضل الرجل عن الطريق اذا لم يعرفه ولم يهتد له فهو ضال (قوله تكملة) هي تفعلة من الكمال مثل تكرمة من الاكرام ومنه ولاتقعد على تكرمته الا باذنه

لان الام فى درجة الاب والجدة فى درجة الجد فلم ترث معها كما لا يرث الجد مع الاب

﴿فصـل﴾ ولا يرث ولد الام مع أربعة مع الولد وولد الابن والاب والجد لقوله عزوجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فورثهم فى الكلالة والكلالة من سوى الوالد والولد والدليل عليه ماروى جابر رضى الله عنه قال جاء فى النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى وأنا مريض لا أعقل فتوضأ وصب من وضوئه على فعقلت فقلت يارسول الله لمن الميراث وانما يرثنى كلالة قال فنزلت آية الفرض وروى أنه قال كيف أصنع فى مالى ولى أخوات فنزلت آية المواريث يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد وله اخوة ولان الكلالة مشتق من الاكليل وهو الذى يحتاط بالرأس من الجوانب والذين يحيطون بالميت من الجوانب الاخوة فاما الوالد والولد فليسا من الجوانب بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله ولهذا قال الشاعر يمدح بنى أمية

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة * عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

﴿فصـل﴾ ولا يرث ولد الاب والام مع ثلاثة مع الابن وابن الابن والاب والدليل عليه قوله عزوجل يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فورثهم فى الكلالة وقد بينا ان الكلالة أن لا تكون الوالد ولا ولدا

﴿فصل﴾ واذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن لماروى الأعمش عن ابراهيم قال قال زيد رضى الله عنه اذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شئ الا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال اذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الانثيين وان كن أسفل منه فليس لهن شئ وبقية المال له دونهن ولا ماورثنا من دونهن من بنات الابن فرضا مستأنفا لم يجز لانه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين وان شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجز لانهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركنهن وان استكمل الاخوات للاب والام الثلثين ولم يكن مع الاخوات للاب ذكر يعصبهن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى فى البنات وبنات الابن

﴿فصـل﴾ ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوى الارحام أو كان عبدا أو قاتلا أو كافرا لم يحجب غيره من الميراث لانه ليس بوارث فلم يحجب كالاجنبى

﴿فصل﴾ وان اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضا فرض لكل واحد منهم فرضه فان زادت سهامهم على سهام المال أعيلت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه فان ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختين من الام وأختين من الاب والام فللزوج النصف وللام السدس وللاختين من الام الثلث وللاختين من الاب والام الثلثان وأصل الفريضة من ستة وتعول الى عشرة وهو أكثر ماتعول اليه الفرائض لانها عالت بثلثيها وتسمى أم الفروخ لكثرة السهام العائلة وتسمى الشريحية لانها حدثت فى أيام شريح وقضى فيها وان مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الام وثمانى أخوات من الاب والام فللزوجات الربع وللجدتين السدس وللاخوات من الام الثلث وللاخوات من الاب والام الثلثان وأصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر وهو أكثر مايعول اليه هذا الاصل وتسمى أم الارامل وان مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللابوين السدسان وللابنتين الثلثان وأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية لانه روى ان عليا كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال صار ثمنها تسعا وان ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا من أب وأم فللزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وأصلها

من

(قوله قناة الملك) القناة الرمح وجمعها قنوات وقنى على فعول وقناء مثل جبل وجبال وقوله

عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم * لان بنى أمية ورثوا الخلافة عن عثمان رضى الله عنه وأبوه من بنى عبد شمس وأم أمه من بنى هاشم وهى البيضاء بنت عبد المطلب بن هاشم فجدته لامه عمة النبى صلى الله عليه وسلم (قوله يعصبهن) والعصبة والتعصيب كله مشتق من العصابة لانها تحيط بجميع الميراث كما تحيط العصابة بجميع الرأس والعصب هو اللى الشديد (قوله اعيلت الفريضة) وعالت اى ارتفعت فزادت سهامها فيدخل النقص على أهل الفرائض وقال أبو عبيد أصله من الميل وقد ذكر قال ابو طالب

بميزان صدق لا يغل شعيرة

له شاهد من اهله غير عائل

وأكثر ماتعول اليه ان ترتفع وتزيد من الستة الى العشرة ونحو ذلك (قوله أم الفروخ) شبهت بالطائر الذى له فروخ كثيرة كالدجاج والقبج ونحوه وأم الأرامل لأن اهل الفرض فيها كلهم اناث

من ستة وتعول الى ثمانية وهي أول مسئلة أعيلت في خلافة عمر رضي الله عنه وتعرف بالمباهلة فان ابن عباس رضي الله عنه أنكر العول وقال هذان النصفان ذهبا بالمال فاين موضع الثلث فقيل له والله لان مت أومتنا فيقسم ميراثنا الا على ما عليه القوم قال فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين والدليل على اثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة في الوجوب ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون

﴿فصل﴾ وان اجتمع في شخص جهتا فرض كالمجوسي اذا تزوج ابنته فأتت منه ببنت فان الزوجة صارت أم البنت وأختها من الاب والبنت بنت الزوجة وأختها فان ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهي بكونها أما ولا ترث بكونها أختا لانهما شخص واحد اجتمع فيه شيآن يورث بكل واحد منهما الفرض فورث بأقواهما ولم ترث بهما كالاخت من الاب والام وان ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتا وهل ترث الباقي بكونها أختا فيه وجهان أحدهما لا ترث لما ذكرناه من العلة والثاني ترث لان ارثها بكونها بنتا بالفرض وارثها بكونها أختا بالتعصيب لان الاخت مع البنت عصبة فجاز ان ترث بهما كاخ من أم وهو ابن عم

﴿باب ميراث العصبة﴾

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت انثى وهم الاب والابن ومن يدلي بهما وأولى العصبات الابن والاب لانهما يدليان بانفسهما وغيرهما يدلي بهما فان اجتماع قدم الابن لان الله عز وجل بدأ به فقال يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والعرب تبدأ بالاهم فالاهم ولان الاب اذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقي للابن ولان الابن يعصب أخته والاب لا يعصب أخته ثم ابن الابن وان سفل لانه يقوم مقام الابن في الارث والتعصيب ثم الاب لان سائر العصبات يدلون به ثم الجد ان لم يكن أخ لانه أب الاب ثم أبو الجد وان علا وان لم يكن جد فالاخ لانه ابن الاب ثم ابن الاخ وان سفل ثم العم لانه ابن الجد ثم ابن العم وان سفل ثم عم الاب لانه ابن أبي الجد ثم ابنه وان سفل وعلى هذا أبدا

﴿فصل﴾ وان انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال والدليل عليه قوله عز وجل ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فورث الاخ جميع مال الاخت اذا لم يكن لها ولد وان اجتمع مع ذي فرض أخذ ما بقي لما رويناه من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث أخا سعد بن الربيع ما بقي من فرض البنات والزوجة فدل على ان هذا حكم العصبة

﴿فصل﴾ وان اجتمع اثنان قدم أقربهما في الدرجة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألحقوا الفرائض باهلها فما بقي فهو لاولى عصبة ذكر وان اجتمع اثنان في الدرجة واحدهما يدلي بالاب والام والآخر يدلي بالاب قدم من يدلي بالاب والام لانه أقرب وان استويا في الدرجة والادلاء استويا في الميراث لتساويهما

﴿فصل﴾ ولا يعصب أحد منهم أنثى الا الابن وابن الابن والاخ فانهم يعصبون أخواتهم فاما الابن فانه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وأما ابن الابن فانه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه سواء كان لهن شيء من فرائض البنات أو لم يكن وقال أبو ثور اذا استكمل البنات الثلثين فالباقي لابن الابن ولا شيء لبنات الابن لان البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطأ لقوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والولد يطلق على الاولاد وأولاد الاولاد والدليل عليه قوله تعالى يابني آدم وقوله صلى الله عليه وسلم لقوم

(قوله لأولى عصبة ذكر) قال الهروي يعني أدنى وأقرب في النسب مأخوذ من الولي وهو القرب وليس بمعنى أحق من قولهم فلان أولى بكذا اى أحق به والكلالة مفسرة في الكتاب قال الجوهري هي مصدر كل الرجل يكل كلالة قال ويقال هي مصدر من تكلله النسب اى تطرفه كأنه أخذ طرفيه من جهة الولد والوالد وليس منهما أحد فيسمى بالمصدر

من أصحابه يابني اسمعيل ارموا فان أباكم كان راميا ولانه يقال لمن ينتسب الى تميم وطيئ بنو تميم و بنو طيئ وقوله انهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين فانما يمتنع ذلك من جهة الفرض فأما في التعصيب فلا يمتنع كما لو ترك ابنا وعشر بنات فان للابن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين وأما ابن ابن الابن وان سفل فانه يعصب من يحاذيه من أخواته و بنات عمه سواء بقي لهن من فرض البنات شئ أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه وأما من فوقه من العمات فينظر فيه فان كان لهن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شئ أخذ الباقي ولم يعصبهن لانهن يرثن بالفرض ومن ورث بالفرض بقرابة لم يرث بالتعصيب بتلك القرابة وان لم يكن لهن من فرض البنات شئ عصبهن لما روى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال اذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شئ الا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال اذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الانثيين وان كن أسفل منه فليس لهن شئ و بقية المال له دونهن ولانه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ولا يرث عماته مع القرب ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه بل يكون الباقي له لما ذكرناه من قول زيد ابن ثابت فان كن أسفل منه فليس لهن شئ و بقية المال له دونهن ولانه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالابن مع بنت الابن وأما الاخ فانه يعصب أخواته لقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين

﴿فصل﴾ ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفرض في فروضهم الا ولد الاب والام فانهم يشاركون ولد الام في ثلثهم في المشتركة وهي زوج وأم أو جدة واثنان من ولد الام وولد الاب والام واحدا كان أو أكثر فيفرض للزوج النصف وللام أو الجدة السدس ولولد الأم الثلث يشاركهم ولد الاب والام في الثلث لانهم يشاركونهم في الرحم الذي ورثوا بها الفرض فلا يجوز ان يرث ولد الام ويسقط ولد الاب والام كالاب لما شارك الأم في الرحم بالولادة لم يجز ان ترث الأم ويسقط الأب وتعرف هذه المسئلة بالمشتركة لما فيها من التشريك بين ولد الأب والأم وولد الأم في الفرض وتعرف بالحمارية فانه يحكى فيها عن ولد الأب والأم انهم قالوا احسب ان أبانا كان حمارا أليس أمنا أمهم واحدة

﴿فصل﴾ وان اجتمع في شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لانهما ارثان مختلفان بسببين مختلفين فان اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الام ورث الاخ من الام السدس والباقي بينه و بين الآخر وقال أبو ثور المال كله للذي هو أخ من الام لانهما عصبتان يدلى أحدهما بالابوين والآخر باحدهما فقدم من يدلى بهما كالاخوين أحدهما من الاب والآخر من الاب والام وهذا خطأ لانه استحق الفرض بقرابة الام فلا يقدم بها في التعصيب كابني عم أحدهما زوج

﴿فصل﴾ وان لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما ويبقى التوارث بين الام والولد لبقاء النسب بينهما وان مات الولد ولا وارث له غير الام كان لها الثلث وان أتت بولدين توأمين فنفاهما الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان أحدهما أنه يرثه ميراث الاخ من الام لانه لا نسب بينهما من جهة الاب فلم يرث بقرابته كالتوأمين من الزنا اذا مات أحدهما وخلف أخاه والثاني أنه يرثه ميراث الاخ من الاب والام لان اللعان ثبت في حق الزوجين دون غيرهما ولهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد والصحيح هو الاول لان النسب قد انتفى بينهما في حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما في حق كل أحد فيجوز لكل أحد أن يتزوجها

﴿فصل﴾ وان كان الوارث خنثى وهو الذي له فرج الرجال وفرج النساء فان عرف انه ذكر ورث

(قوله المباهلة) هي الملاعنة يقال عليه بهلة الله ونهلة الله أى لعنة الله (قوله للذكر مثل حظ الانثيين) الحظ ههنا السهم والنصيب أى مثل نصيب الانثيين وفي غيره الجد والبخت والحظ أيضا الشرف (قوله وان ولدت توأمين) التوأم وزنه فوعل والانثى توأمة والجمع توائم مثل قشعم وقشاعم وتوآم قال الشاعر

قالت لنا ودمعها توآم
على الذين ارتحلوا السلام

الميراث

ميراث ذكر وان عرف انه أنثى ورث ميراث أنثى وان لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى فان كان أنثى وحده ورث النصف فان كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لانه يقين ووقف السدس لانه مشكوك فيه وان كانا خنثيين ورثا الثلثين لانه يقين ووقف الباقى لانه مشكوك فيه ويعرف انه ذكر أو أنثى بالبول فان كان يبول من الذكر فهو ذكر وان كان يبول من الفرج فهو أنثى لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال يورث الخنثى من حيث يبول وروى عنه انه قال ان خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر وان خرج من مبال الانثى فهو أنثى ولان الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر وبول الانثى من الفرج فرجع فى التمييز اليه وان كان يبول منهما نظرت فان كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزنى فى الجامع ان الحكم للاكثر وهو قول بعض أصحابنا لان الاكثر هو الاقوى فى الدلالة والثانى أنه لا تعتبر الكثرة لان اعتبار الكثرة يشق فسقط وان لم يعرف بالبول سئل عما يميل اليه طبعه فان قال أميل الى النساء فهو ذكر وان قال أميل الى الرجال فهو أنثى وان قال أميل اليهما فهو المشكل وقد بيناه ومن أصحابنا من قال ان لم يكن فى البول دلالة اعتبر عدد الاضلاع فان نقص من الجانب الايسر ضلع فهو ذكر فان اضلاع الرجل من الجانب الايسر أنقص فان الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الايسر فمن ذلك نقص من الجانب الايسر ضلع ولهذا قال الشاعر

هى الضلع العوجاء لست تقيمها * ألا ان تقويم الضلوع انكسارها

أتجمع ضعفا واقتدارا على الفتى * أليس عجيبا ضعفها واقتدارها

﴿فصل﴾ وان مات رجل وترك حملا وله وارث غير الحمل نظرت فان كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع اليها الفرض ووقف الباقى الى ان ينكشف وان لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لانه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة والدليل عليه ان الشافعى رحمه الله قال دخلت الى شيخ باليمن لاسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه فقلت من هؤلاء فقال أولادى كل خمسة منهم فى بطن وفى المهد خمسة أطفال وقال ابن المرزبان أسقطت امرأة بالانبار كيسا فيه اثنا عشر ولدا كل اثنين متقابلان فاذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال ان من السنة ان لا يرث المنفوس ولا يورث حتى يستهل صارخا فان تحرك حركة حى أو عطس ورث لانه عرف حياته فورث كما لو استهل وان خرج ميتا لم يرث لانا لا نعلم انه كان وارثا عند موت مورثه وان تحرك حركة مذبوح لم يرث لانه لم يعرف حياته وان خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقى لم يرث لانه لا تثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ولهذا لا تنقضى به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه

﴿فصل﴾ وان مات رجل ولم تكن له عصبة وورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ما ذكرناه فى باب الولاء فان لم يكن له وارث نظرت فان كان كافرا صار ماله لمصالح المسلمين وان كان مسلما صار ماله ميراثا للمسلمين لانهم يعقلونه اذا قتل فانتقل ماله اليهم بالموت ميراثا كالعصبة فان كان للمسلمين امام عادل سلم اليه ليضعه فى بيت المال لمصالح المسلمين وان لم يكن امام عادل ففيه وجهان أحدهما انه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم الا على الزوجين فان لم يكن أهل الفرض قسم على ذوى الارحام على مذهب أهل التنزيل فيقام كل واحد منهم مقام من يدلى به فيجعل ولد البنات والاخوات بمنزلة أمهاتهم وبنات الاخوة والاعمام بمنزلة آبائهم وأبو الام والخال بمنزلة الام والعمة والعم من الام بمنزلة الاب لان الامة أجمعت على الارث باحدى الجهتين فاذا عدمت احداهما تعينت الاخرى والثانى وهو المذهب انه لا يرد على

(قوله من مبال الذكر ومبال الانثى) بالباء بواحدة من تحت وهو موضع البول (قوله خمسة كهول) الكهل من الرجال الذى جاوز الثلاثين وخطه الشيب وخمسة فتيان لا فرق فى اللغة بين الشاب والفتى وهو البالغ الحديث السن وهذا الشيخ هو من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة (قوله أسقطت امرأة كيسا) هو وعاء الولد مأخوذ من كيس الدراهم (قوله لا يرث المنفوس) هو المولود والنفاس الولادة وأصله النفس وهو الدم (قوله حتى يستهل صارخا) اى يرتفع صوته بالبكاء وأصله من رؤية الهلال وقد ذكر (قوله لانهم يعقلونه) اى يؤدون عنه العقل وهو الدية (قوله أهل التنزيل) سموا بذلك لانهم ينزلون من لا يرث بمنزلة من يرث ممن يدلى به وأهل الرد الذى يردون ما فضل من الفريضة على أهل الفرض اذا لم يكن عصبة

أهل السهام ولا يقسم المال على ذوى الارحام لانا دللنا انه للمسلمين والمسلمون لم يعدموا وانما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم كما لو كان الميراث لصبي وليس له ولي فعلى هذا يصرفه من في يده المال الى المصالح

﴿ باب الجد والاخوة ﴾

اذا اجتمع الجد أو أبو الجد وان علا مع ولد الاب والام أو ولد الاب ولم تنقصه المقاسمة من الثلث قاسمهم وعصب اناثهم وقال المزني يسقطهم ووجهه ان له ولادة وتعصيبا بالرحم فاسقط ولد الاب والام كالاب وهذا خطأ لان ولد الاب يدلي بالاب فلم يسقطه الجد كأم الاب ويخالف الاب فان الاخ يدلي به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الاخ مع الاخ وأم الاب مع الاب والجد والاخ يدليان بالاب فلم يسقط أحدهما الآخر كالاخوين من الاب وأم الاب مع الجد ولان الاب يحجب الام من الثلث الى ثلث الباقي مع الزوجين والجد لا يحجبها

﴿فصل﴾ وان اجتمع مع الجد ولد الاب والام وولد الاب عادّ ولد الاب والام الجد بولد الاب لان من حجب بولد الاب والام وولد الاب اذا انفرد حجب بهما اذا اجتمعا كالام فان كان له جد وأخ من أب وأم وأخ من أب قسم المال على ثلاثة أسهم للجد سهم ولكل واحد من الاخوين سهم ثم يرد الاخ من الاب سهمه على الاخ من الاب والام لانه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجباعنه كما لا يشارك الاخ من الاب الاخ من الاب والام فيما حجباعنه الام وتعرف هذه المسئلة بالمعادة لان الاخ من الاب والام عاد الجد بالاخ من الاب ثم أخذ منه ما حصل له وان اجتمع مع الجد أخ من الاب وأخت من الاب والام قسم المال على خمسة أسهم للجد سهمان وللاخ سهمان وللاخت سهم ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف وهو سهم ونصف ويأخذ ما بقي وهو نصف سهم لان الاخ من الاب انما يرث مع الاخت من الاب والام ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضى الله عنه وان اجتمع مع أختين من الاب وأختين من الاب والأم قسم المال بينهم على ستة أسهم للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترد الاختان من الاب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأب والأم لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأب والأم الثلثين

﴿فصل﴾ وان كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بان زاد الاخوة على اثنين والاخوات على أربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الاخوة والاخوات لانا قد دللنا على انه يقاسم الواحد ولا خلاف انهم لا يقاسمونه أبدا فكان التقدير بالاثنين أشبه بالاصول فان الحجب اذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنين كحجب الأم من الثلث وحجب البنات لبنات الابن وحجب الاخوات للاب والأم للاخوات للاب ولا يعاد ولد الاب والام الجد بولد الاب في هذا الفصل لان المعادة تحجب الجد ولا سبيل الى حجبه عن الثلث

﴿فصل﴾ وان اجتمع مع الجد والاخوة من له فرض أخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد أوفر الامرين من المقاسمة أو ثلث الباقي ما لم ينقص عن سدس جميع المال لان الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال وقد بينا ان حكمه في جميع المال ان يجعل له أوفر الامرين من المقاسمة أو ثلث المال فكذلك فيما بقي بعد الفرض فان نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس لان ولد الاب والام ليس بأكثر من ولد الصلب ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس فلأن لا ينقص مع ولد الاب والام أولى وان مات رجل وخلف بنتا وجدا وأختا فللبنت النصف والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الأنثيين وهي من مربعات عبد الله بن مسعود

(قوله عاد بولد الاب) مأخوذ من العدة وأصله عدد فاسكن الدال الاول ثم أدغم ومد

رضي الله عنه فانه قال للبنت النصف والباقي بين الجد والاخت نصفان وتصح من أربعة وان ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وجدا فللزوج النصف وللام الثلث والباقي للجد وهو السدس وهي من مربعات عبد الله رضي الله عنه لانه يروى عنه أنه قال للزوج النصف والباقي بين الجد والام نصفان وتصح من أربعة وهذا خطأ لان الجد أبعد من الام فلم يجز أن يحجبها كجد الاب مع أم الاب وان مات رجل وخلف زوجة وأما وأخا وجدا فللزوجة الربع وللام الثلث والباقي بين الجد والاخ نصفان وتصح من أربعة وعشرين للزوجة ستة أسهم وللام ثمانية والباقي بين الجد والاخ لكل واحد منهما خمسة وهي من مربعات عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه فانه روى عنه انه جعل للزوجة الربع وللام ثلث ما بقي والباقي بين الجد والاخ نصفان وتصح من أربعة للزوجة سهم وللام سهم وللاخ سهم وللجد سهم وان مات رجل وخلف امرأة وجدا وأختا فللمرأة الربع والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وتعرف بالمربعة لان مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب أبي بكر وابن عباس رضي الله عنهما للمرأة الربع والباقي للجد ومذهب علي وعبد الله رضي الله عنهما للمرأة الربع وللاخت النصف والباقي للجد واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة وان مات رجل وخلف أما وأختا وجدا فللام الثلث والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فان زيدا ذهب الى ما قلناه وذهب أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما الى ان للام الثلث والباقي للجد وذهب عمر الى ان للاخت النصف وللام ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد وذهب عثمان رضي الله عنه الى ان للام الثلث والباقي بين الجد والاخت نصفان وتصح من ثلاثة وذهب علي عليه السلام الى أن للاخت النصف وللام الثلث والباقي للجد وعن ابن مسعود روايتان احداهما مثل قول عمر رضي الله عنه والثانية للاخت النصف والباقي بين الام والجد نصفان وتصح من أربعة وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد الله رضي الله عن الجميع

(فصل) ولا يفرض للاخت مع الجد الا في مسئلة واحدة وهي اذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا وجدا فللزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس وأصلها من ستة وتعول الى تسعة و يجمع نصف الاخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت أربعة لانه لا بد من أن يعطى الزوج النصف لانه ليس ههنا من يحجبه ولا بد من أن تعطى الام الثلث لانه ليس ههنا من يحجبها ولا بد من أن يعطى الجد السدس لان أقل حقه السدس ولا يمكن اسقاط الاخت لانه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا لانه لا يمكن تفضيلها على الجد فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وتعرف هذه المسئلة بالاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فنسبت اليه وقيل سميت أكدرية لانها كدرت على زيد أصله لانه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال ولا يفرض للاخت مع الجد وقد فرض فان كان مكان الاخت في الاكدرية أخ لم يرث لان للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس ولا يجوز أن يشارك الجد في السدس لان الجد يأخذ السدس بالفرض والاخ لا يرث بالفرض وانما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط وبالله التوفيق

(كتاب النكاح)

النكاح جائز لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ولما روى علقمة عن عبد الله رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء

(قوله وتسمى الخرقاء) لعلها مأخوذة من الخرق وهي الارض الواسعة يتخرق فيها الرياح لاتساع القول فيها أو من المرأة الخرقاء وهي التي لا تحسن صنيعة (قوله كدرت على زيد) أصله الكدر ضد الصفو يقال كدر الماء يكدر بالضم كدورة وكذلك تكدر وكدره غيره و يقال ان اسم المرأة في المسئلة أكدرية فنسبت اليها

(من كتاب النكاح)

(قوله صلى الله عليه وسلم من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لا يستطيع أن يتزوج فعليه بالصوم فانه له وجاء) الباء والباءة شهوة النكاح سمي باء لان الرجل يتبوأ من زوجته أي يسكن اليها وأراد ههنا المال سماها باسم سببها قال المعري فاحسن

والباء مثل الباء يخفض للدناءة أو يجر (قوله أغض للبصر) أي يمنعه أن ينظر الى امرأة غيره وأحصن للفرج مأخوذ من الحصن الذي يمتنع به من العدو (قوله وجاء) الوجاء بالكسر رض عروق الخصيتين حتى تنفضخ فيكون شبيها بالخصي ومنه الحديث ضحى بكبشين موجوأين

(فصل) ولا يصح النكاح الا من جائز التصرف فأما الصبي والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح لانه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير اذن الولي لانه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير اذن الولي ويصح منه باذن الولي لانه لا يأذن له الا فيما يرى الحظ فيه وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير اذن المولى لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل ولانه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه وفي ذلك اضرار بالمولى فلم يجز من غير اذنه ويصح منه باذن المولى لانه لما أبطل النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه بغير اذنه دل على أنه يصح باذنه ولان المنع لحق المولى فزال باذنه

(فصل) ومن جاز له النكاح وتاقت نفسه اليه وقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ولانه أحصن لفرجه وأسلم لدينه ولا يجب ذلك لما روى ابراهيم بن ميسرة رضي الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به النبي صلى الله عليه وسلم من أحب فطرتي فليستن بسنتي ومن سنتي النكاح ولانه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب ومن لم تتق نفسه اليه فالمستحب له أن لا يتزوج لانه تتوجه عليه حقوق هو غني عن التزامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها واذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه

(فصل) والمستحب أن لا يتزوج الا ذات دين لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تنكح المرأة لأربع لمالها وحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك ولا يتزوج الا ذات عقل لان القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ولا يكون ذلك الا مع ذات عقل ولا يتزوج الا من يستحسنها لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال انما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها

(فصل) واذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ان رجلا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم انظر اليها فان في أعين الانصار شيأ ولا ينظر الى ما سوى الوجه والكفين لانه عورة ويجوز للمرأة اذا أرادت أن تتزوج برجل ان تنظر اليه لانه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها ولهذا قال عمر رضي الله عنه لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فانه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر الى وجه الآخر عند المعاملة لانه يحتاج اليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهدة ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة الى معرفتها في التحمل والاداء ويجوز لمن اشترى جارية ان ينظر الى ما ليس بعورة منها للحاجة الى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر الى الفرج للمداواة لانه موضع ضرورة فجاز له النظر الى الفرج كالنظر في حال الختان وأما من غير حاجة فلا يجوز للاجنبي أن ينظر الى الاجنبية ولا للاجنبية أن تنظر الى الاجنبي لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن وروت أم سلمة رضي الله عنها قالت كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده ميمونة فاقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجبن عنه فقلت يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا فقال أفعمياوان أنتما أليس تبصرانه وروى علي كرم الله وجهه ان النبي صلى الله عليه وسلم أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل فقال أبوه العباس لويت عنق ابن عمك قال رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما ولا يجوز النظر الى الامرد من غير حاجة لانه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة

(فصل) ويجوز لذوي المحارم النظر الى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى

الابتداء ومنه فطرة الله التي فطر الناس أي اتبع دين الله والسنة أصلها الطريقة أي فليأخذ بطريقتي وعملي (قوله لدينها وحسبها) الحسب ما يعده الرجل من مفاخر آبائه وأجداده والرجل حسيب وقد حسب حسابة مأخوذ من الحساب لانهم اذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثرهم وحسبوها والحسب العد والحسب المعدود كالقبض والقبض (قوله تربت يداك) كأنه دعاء عليه بالفقر ان لم يفعل ذلك يقال ترب اذا افتقر وتراءب اذا استغنى (قوله انما النساء لعب) جمع لعبة وكل ملعوب به فهو لعبة لانه اسم وهو الشيء الذي يلعب به أراد ان زوجها تزوجها ليلعب بها ويستريح (قوله فان في أعين الانصار شيأ) وروى شينا قيل زرقة وقيل عمش (قوله الرجل الدميم) بدال مهملة هو القصير مع قبح منظر وأما الذميم بالذال المعجمة فهو السيء الخلق وقد دممت يا فلان تدم وتدم دمامة أي صرت قبيحا دميما يقال ما وراء الخلق الدميم الا الخلق الذميم فلوى عنق الفضل أي أماله الى الجهة التي لا يبصرها منها (قوله الامرد) يقال غلام أمرد بين المرد بالتحريك لا شعر على عارضيه وغصن أمرد لا ورق عليه وأرض مرداء لا نبات فيها

ولا

ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو اخوانهن أو بنى اخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أو ماملكت أيمانهن أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال ويجوز للرجل ان ينظر الى ذلك من الرجل وللمرأة ان تنظر الى ذلك من المرأة لانهم كذوى المحارم فى تحريم النكاح على التأبيد فكذلك فى جواز النظر واختلف أصحابنا فى مملوك المرأة فمنهم من قال هو محرم لها فى جواز النظر والخلوة وهو المنصوص لقوله عز وجل أو ماملكت أيمانهن فذكرهم مع ذوى المحارم فى اباحة النظر وروى أنس رضى الله عنه قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة غلاما فاقبل النبى صلى الله عليه وسلم ومعه الغلام فتقنعت بثوب اذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فقال النبى صلى الله عليه وسلم انه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك ومنهم من قال ليس بمحرم لان المحرم من يحرم على التأبيد وهذا لا يحرم على التأبيد فلم يكن محرما واختلفوا فى المراهق مع الاجنبية فمنهم من قال هو كالبالغ فى تحريم النظر لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء فدل على انه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء ولانه كالبالغ فى الشهوة فكان كالبالغ فى تحريم النظر ومن أصحابنا من قال يجوز له النظر الى ماينظر ذو محرم وهو قول أبى عبد الله الزبيرى لقوله عز وجل واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا فدل على انهم اذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا

﴿فصل﴾ ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله ان ينظر منها الى غير الفرج وهل يجوز ان ينظر الى الفرج فيه وجهان أحدهما لا يجوز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال النظر الى الفرج يورث الطمس والثانى يجوز وهو الصحيح لانه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر اليه كالفخذ وان زوج أمته حرم عليه النظر الى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر الى مادون السرة والركبة

﴿ باب مايصح به النكاح ﴾

لا يصح النكاح الا بولى فان عقدت المرأة لم يصح وقال أبو ثور ان عقدت باذن الولى صح ووجهه انها من أهل التصرف وانما منعت من النكاح لحق الولى فاذا أذن زال المنع كالعبد اذا أذن له المولى فى النكاح وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه رفعه لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ولانها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها وسرعة انخداعها فلم يجز تفويضه اليها كالمبذر فى المال ويخالف العبد فانه منع لحق المولى فانه ينقص قيمته بالنكاح ويستحق كسبه فى المهر والنفقة فزال المنع باذنه فان عقد النكاح بغير ولى وحكم به الحاكم ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه ينقض حكمه لانه مخالف لنص الخبر وهو ماروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له فان أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها والثانى لا ينقض وهو الصحيح لانه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار وأما الخبر فليس بنص لانه يحتمل التأويل فهو كالخبر فى شفعة الجار فان وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد وقال أبو بكر الصيرفى ان كان الزوج شافعيا يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كما لو وطئ امرأة فى فراشه وهو يعلم انها أجنبية والمذهب الاول لانه وطء مختلف فى اباحته فلم يجب به الحد كالوطء فى النكاح بغير شهود ويخالف من وطئ امرأة فى فراشه وهو يعلم انها أجنبية لانه لا شبهة له فى وطئها وان طلقها لم يقع الطلاق وقال أبو اسحق يقع لانه نكاح مختلف فى صحته فوقع فيه الطلاق كنكاح المرأة فى عدة أختها والمذهب الاول لانه طلاق فى غير ملكه فلم يصح كالطلاق أجنبية

(قوله غير أولى الاربة) الاربة بالكسر الحاجة وأراد الحاجة الى النكاح وفيه لغات ارب وارب وأربة ومأربة ومأربة قال المطرزى الاربة وهى العقدة كأن قلب صاحبها معقود بها كما أن الفرض من الفرضة ألا تراهم سموها حاجة وهى الشوكة فى الاصل كأنها تنشب بالفكر نشوب الشوكة فيما تتعلق به (قوله فقنعت رأسها) أى غطته ومنه سمى القناع المقنعة (قوله لم يظهروا) أى لم يقووا من ظهرت على الرجل أى غلبته وأراد بالعورة ههنا الجماع سماه باسم سببه فى المراهق هو الذى قارب الاحتلام يقال راهق الغلام فهو مراهق (قوله يورث الطمس) الطمس العمى قال الله تعالى فطمسنا أعينهم وأصله استئصال أثر الشئ ومنه اذا النجوم طمست وأراد ان الولد يخرج أعمى وقيل الناظر اليه (قوله البضع) هو الفرج والمباضعة المجامعة مشتق من ذلك (قوله فان اشتجروا) أى اختلفوا يقال اشتجر القوم اذا اختلفوا وتنازعوا قال الله تعالى حتى يحكموك فيما شجر بينهم

﴿فصل﴾ وان كانت المنكوحة أمة فوليها مولاها لانه عقد على منفعتها فكان الى المولى كالاجارة وان كانت الامة لامرأة زوجها من يزوج مولاتها لانه نكاح فى حقها فكان الى وليها كنكاحها ولا يزوجها الولى الا باذنها لانه تصرف فى منفعتها فلم يجز من غير اذنها فان كانت المولاة غير رشيدة نظرت فان كان وليها غير الاب والجد لم يملك تزويجها لانه لا يملك التصرف فى مالها وان كان الاب أو الجد ففيه وجهان أحدهما لا يملك لان فيه تغريرا بمالها لانها ربما حبلت وتلفت والثانى وهو قول أبى اسحق انه يملك تزويجها لانها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها * وان كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها وأولاهم الاب ثم الجد ثم الاخ ثم ابن الاخ ثم العم ثم ابن العم لان الولاية فى النكاح تثبت لدفع العار عن النسب والنسب الى العصبات فان لم يكن لها عصبة زوجها المولى المعتق ثم عصبة المولى ثم مولى المولى ثم عصبته لان الولاء كالنسب فى التعصيب فكان كالنسب فى التزويج فان لم يكن فوليها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ولا يزوج أحد من الاولياء وهناك من هو أقرب منه لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الاقرب فالاقرب كالميراث وان استوى اثنان فى الدرجة وأحدهما يدلى بالابوين والآخر باحدهما كاخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب ففيه قولان قال فى القديم هما سواء لان الولاية بقرابة الاب وهما فى قرابة الاب سواء وقال فى الجديد يقدم من يدلى بالابوين لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالابوين على من يدلى باحدهما كالميراث فان استويا فى الدرجة والادلاء فالمستحب ان يقدم أسنهما وأعلمهما وأورعهما لان الاسن أخبر والاعلم أعرف بشروط العقد والاورع أحرص على طلب الحظ فان زوج الآخر صح لان ولايته ثابتة وان تشاحا أقرع بينهما لانهما تساويا فى الحق فقدم بالقرعة كما لو أرادا أن يسافر باحدى المرأتين فان خرجت القرعة لاحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان أحدهما يصح لان خروج القرعة لاحدهما لا يبطل ولاية الآخر والثانى لا يصح لانه يبطل فائدة القرعة

﴿فصل﴾ ولا يجوز للابن ان يزوج أمه بالبنوة لان الولاية ثبتت للاولياء لدفع العار عن النسب ولا نسب بين الابن والام وان كان للابن تعصيب بان كان ابن ابن عمها جاز له ان يزوج لانهما يشتركان فى النسب فان كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين فى أخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب

﴿فصل﴾ ولا يجوز ان يكون الولى صغيرا ولا مجنونا ولا عبدا لانه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره واختلف أصحابنا فى المحجور عليه لسفه فنهم من قال يجوز أن يكون وليا لانه انما حجر عليه فى المال خوفا من اضاعته وقد أمن ذلك فى تزويج ابنته فجاز له ان يعقد كالمحجور عليه للفلس ومنهم من قال لا يجوز لانه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز ان يكون وليا لغيره ولا يجوز ان يكون فاسقا على المنصوص لانها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال ومن أصحابنا من قال ان كان أبا أو جدا لم يجز وان كان غيرهما من العصبات جاز لانه يعقد بالاذن فجاز ان يكون فاسقا كالوكيل ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يجوز لما ذكرناه والثانى يجوز لانه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم فى الصلاة على الميت وهل يجوز ان يكون أعمى فيه وجهان أحدهما يجوز لان شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم والثانى لا يجوز لانه يحتاج الى البصر فى اختيار الزوج ولا يجوز للمسلم ان يزوج ابنته الكافرة ولا للكافر ان يزوج ابنته المسلمة لان الموالاة بينهما منقطعة والدليل عليه قوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وقوله سبحانه والذين كفروا بعضهم أولياء بعض وهذا الاية توارثان ويجوز للسلطان ان يزوج نساء أهل الذمة لان ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولا يجوز للكافر ان يزوج أمته المسلمة وهل يجوز للمسلم ان يزوج أمته

الكافرة فيه وجهان أحدهما يجوز وهو قول أبي اسحق وأبي سعيد الاصطخري وهو المنصوص لانها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية في البيع والاجارة والثاني لا يجوز وهو قول أبي القاسم الداركي لانه اذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلان لا يملك بالملك أولى

﴿فصل﴾ وان خرج الولي عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية الى من بعده من الاولياء لانه بطلت ولايته فانتقلت الولاية الى من بعده كالو مات فان زال السبب الذي بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذي أبطل ولايته فان زوجها من انتقلت اليه قبل ان يعلم بعود ولاية الاول ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل اذا باع ما وكل في بيعه قبل ان يعلم بالعزل وان دعت المنكوحة الى كفؤ فعضلها الولي زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ولانه حق توجه عليه تدخله النيابة فاذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه وان غاب الولي الى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الاولياء ان يزوج لان ولاية الغائب باقية ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد وانما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه كما لو حضر وامتنع من تزويجها فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز تزويجها الا باذنه لانه كالحاضر والثاني يجوز للسلطان ان يزوجها لانه تعذر استئذانه فاشبه اذا كان في سفر بعيد ويستحب للحاكم اذا غاب الولي وصار التزويج اليه ان يأذن لمن تنتقل الولاية اليه ليزوجها ليخرج من الخلاف فان عند أبي حنيفة ان الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية اليه

﴿فصل﴾ ويجوز للاب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها فدل على ان الولي أحق بالبكر وان كانت بالغة فالمستحب ان يستأذنها للخبر واذنها صماتها لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها ولانها تستحي ان تأذن لابيها بالنطق فجعل صماتها اذنا ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها الا ان تبلغ وتأذن لما روى نافع ان عبد الله بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان ابنتي تكره ذلك فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفارقها وقال لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فان سكتن فهو اذنهن فتزوجت بعد عبد الله المغيرة بن شعبة ولانه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه ولا يبيع مالها من نفسه فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه فان زوجها بعد البلوغ ففي اذنها وجهان أحدهما أن اذنها بالنطق لانه لما افتقر تزويجها الى اذنها افتقر الى نطقها بخلاف الاب والجد والثاني وهو المنصوص في الاملاء وهو الصحيح ان اذنها بالسكوت لحديث نافع وأما الثيب فانها ان ذهبت بكارتها بالوطء فان كانت بالغة عاقلة لم يجز لاحد تزويجها الا باذنها لما روت خنساء بنت خدام الانصارية ان أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها واذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها فدل على ان اذن الثيب بالنطق وان كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لان اذنها معتبر في حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر وان كانت مجنونة جاز للاب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لانه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لان تزويجها اجبار وليس لسائر العصبات غير الاب والجد ولاية الاجبار فاما الحاكم فانها ان كانت صغيرة لم يملك تزويجها لانه لا حاجة بها الى النكاح وان كانت كبيرة جاز له تزويجها ان رأى ذلك لانه قد يكون في تزويجها شفاء لها

(قوله فعضلها الولي) أي منعها من النكاح ومنه قوله تعالى فلا تعضلوهن يقال عضل يعضل و يعضل عضلا وعضلت عليه تعضيلا اذا ضيقت عليه في أمره وحلت بينه وبين ما يريد وأصله من عضلت المرأة اذا نشب ولدها في بطنها وعسر خروجه قاله العزيزي (قوله يستأمرها أبوها) أي ينكحها بامرها (قوله الأيم) هي التي لا زوج لها وكذلك الرجل تزوجا قبل ذلك أو لم يتزوجا وقد آمت المرأة تئيم ايمة وايما وأيوما (قوله أحرى ان يؤدم بينكما) أي يؤلف والادمة الالفة أدم أي ألف (قوله وان كان الولي ضعيفا) له تأويلان قيل المجنون وقيل الشيخ الكبير لضعف نظرهما في طلب الحظ لها والعرب تقول في الذي لا نظر له ضعيف والذي لا نطق له ضعيف والذي لا عقل له ضعيف خنساء بنت خدام بخاء وذال معجمتين (قوله في الافتيات عليها) افتات عليه اذا فوت عليه ما يريد وافتات افتعل من الفوت وهو السبق معناه انه يستبد في الرأي بتزويجها دونه فيسبق الى تزويجها

وان ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان أحدهما انها كالموطوأة لعموم الخبر والثاني وهو المذهب انها تزوج تزويج الابكار لان الثيب انما اعتبر اذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء

﴿فصل﴾ وان كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة عاقلة كانت أو مجنونة لانه عقد يملكه عليها بحكم الملك فكان الى المولى كالاجارة وان دعت الامة المولى الى النكاح فان كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لانه يبطل عليه حقه من الاستمتاع وان لم يملك وطأها ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه تزويجها لانه تنقص قيمتها بالنكاح والثاني يلزمه لانه لاحق له في وطئها وان كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير اذنها لانه لاحق له في منفعتها فان دعت السيد الى تزويجها ففيه وجهان أحدهما يجبر لانها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة والثاني لا يجبر لانها ربما عادت اليه وهي ناقصة بالنكاح

﴿فصل﴾ وان كان ولي المرأة ممن يجوز له ان يتزوجها كابن عم والمولى المعتق لم يجز ان يزوجها من نفسه فيكون موجبا قابلا لانه يملك الايجاب بالاذن فلم يجز ان يملك شطري العقد كالوكيل في البيع فان أراد ان يتزوجها فان كان هناك من يشاركه في الولاية زوجها منه وان لم يكن من يشاركه في الولاية زوجها الحاكم منه وان أراد الامام ان يتزوج امرأة لا ولي لها غيره ففيه وجهان أحدهما ان له ان يزوجها من نفسه لانه اذا فوض الى غيره كان غيره وكيلا والوكيل قائم مقامه فكان ايجابه كايجابه والثاني يرفعه الى حاكم ليزوجها منه لان الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كما لو زوجها منه ولي ويخالف الوكيل لانه يزوجها بوكالته ولهذا يملك عزله اذا شاء ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب واذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم وان كان لرجل ابن ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن ففيه وجهان أحدهما لا يجوز وهو قول أبي العباس ابن القاص لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان والثاني وهو قول ابي بكر ابن الحداد المصري انه يجوز كما يجوز ان يلي شطري العقد في بيع ماله من ابنه فعلى هذا يحتاج ان يقول زوجت بنت ابني بابن ابني وهل يحتاج الى القبول فيه وجهان أحدهما يحتاج الى القبول وهو ان يقول بعد الايجاب وقبلت نكاحها له وهو قول أبي بكر بن الحداد لانه يتولى ذلك بولايتين فقام فيه مقام الاثنين والثاني لا يحتاج الى لفظ القبول وهو قول أبي بكر القفال لانه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين

﴿فصل﴾ وان وكل الولي رجلا في التزويج فهل يلزمه ان يعين الزوج فيه قولان أحدهما لا يلزمه لان من ملك التوكيل في عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل في البيع والثاني يلزمه لان الولي انما جعل اليه اختيار الزوج لكمال شفقته ولا يوجد كمال الشفقة في الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج اليه

﴿فصل﴾ ولا يجوز للولي ان يزوج المنكوحة من غير كفؤ الا برضاها ورضى سائر الاولياء لما روت عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تخيروا النطفكم فانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم ولان في ذلك الحاق عار بها وبسائر الاولياء فلم يجز من غير رضاهم

﴿فصل﴾ وان دعت المنكوحة الى غير كفؤ لم يلزم الولي تزويجها لانه يلحقه العار فان رضيا جميعا جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته ان أبا الجهم يخطبني ومعاوية فقال اما أبو الجهم فاخاف عليك عصاه واما معاوية فشاب من شباب قريش لا شئ له ولكني أدلك على من هو خير لك منهما قلت من يا رسول الله قال أسامة قلت أسامة قال نعم أسامة فتزوجت أبا زيد فبورك لابي زيد في وبورك لي في أبي زيد وقال عبد الرحمن بن مهدي أسامة من الموالي وفاطمة قرشية

(قوله ﴿وسفاح﴾) السفاح الزنا يقال سافحه مسافحة وسفاحا (قوله وان زوجها من غير كفء) الكفء المساوي لها والمماثل والمتحاذيين المتوازيين في الادلاء والقرب (قوله أخاف عليك عصاه) هو الضرب بالعصا وقال أبو عبيد في قوله صلى الله عليه وسلم انفق على أهلك ولا ترفع عصاك عنهم لم يرد العصا التي يضرب بها ولا أمر أحدا بذلك وانما أراد يمنعها من الفساد يقال للرجل اذا كان رفيقا حسن السياسة لين العصا وقيل السفر كني بالعصا عنه قال الشاعر

فالقت عصاها واستقر بها النوى * وقيل كني به عن كثرة الجماع وليس بشئ قال الازهري معناه انه شديد على أهله خشن الجانب في معاشرتهن مستقص عليهن في باب الغيرة

ولأن المنع من نكاح غير الكفء لحقهما فاذا رضيا زال المنع فان زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الاولياء فقد قال فى الأم النكاح باطل وقال فى الاملاء كان للباقين الرد وهذا يدل على انه صحيح فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما انه باطل لأنه عقد فى حق غيره من غير اذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير اذنه والثانى انه صحيح ويثبت فيه الخيار لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان كما لو اشترى شيأ معيبا ومنهم من قال العقد باطل قولا واحدا لما ذكرناه وتأول قوله فى الاملاء على انه أراد بالرد المنع من العقد ومنهم من قال ان عقد وهو يعلم انه ليس بكفء بطل العقد كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها وان لم يعلم صح العقد وثبت الخيار كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها وحمل القولين على هذين الحالين

﴿فصل﴾ والكفاءة فى الدين والنسب والحرية والصنعة فاما الدين فهو معتبر فالفاسق ليس بكفء للعفيفة لما روى أبو حاتم المزنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه الا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد عريض وأما النسب فهو معتبر فالأعجمى ليس بكفء للعربية لما روى عن سلمان رضى الله عنه أنه قال لا نؤمكم فى صلاتكم ولا ننكح نساءكم وغير القرشى ليس بكفء للقرشية لقوله صلى الله عليه وسلم قدموا قريشا ولا تقدموها وهل تكون قريش كلها اكفاء فيه وجهان أحدهما أن الجميع أكفاء كما أن الجميع فى الخلافة أكفاء والثانى أنهم يتفاضلون فعلى هذا غير الهاشمى والمطلبى ليس بكفء للهاشمية والمطلبية لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله اصطفى كنانة من بنى اسمعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء لأن النبى صلى الله عليه وسلم سوى بينهم فى الخمس وقال ان بنى هاشم و بنى عبد المطلب شئ واحد وأما الحرية فهى معتبرة فالعبد ليس بكفء للحرة لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد وأما الصنعة فهى معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز والحجام ليس بكفء للخراز لأن الحيا كة والحجامة يسترذل أصحابها واختلف أصحابنا فى اليسار فمنهم من قال يعتبر فالفقير ليس بكفء للموسرة لما روى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسب المال والكرم التقوى ولان نفقة الفقير دون نفقة الموسر ومنهم من قال لا يعتبر لان المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروآت ولهذا قال الشاعر

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى * وكلا سقاناه بكأسيهما الدهر

فما زادنا بغيا على ذى قرابة * غنانا ولا أزرى باحسابنا الفقر

﴿فصل﴾ وان كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما فى تزويجها فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت فان كان العقدان فى وقت واحد أو لم يعلم متى عقدا أو علم ان أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر وان علم السابق ثم نسى وقف الأمر لأنه قد يتذكر وان علم السابق وتعين فالنكاح هو الاول والثانى باطل لما روى سمرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة زوجها وليان فهى للاول منهما فان ادعى كل واحد من الزوجين انه هو الاول وادعيا علم المرأة به فان أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم العلم وان أقرت لاحدهما سلمت اليه وهل تحلف للآخر فيه قولان أحدهما لا تحلف لان اليمين تعرض على المنكر حتى يقر ولو أقرت للثانى بعد ما أقرت للاول لم يقبل فلم يكن فى تحليفها له فائدة والثانى تحلف لانها ربما نكلت وأقرت للثانى فيلزمها المهر فعلى هذا ان حلفت سقط دعوى الثانى وان أقرت للثانى لم يقبل

(قوله فساد عريض) أى عام فاش كنى عنه بالعريض ومنه قوله تعالى فذو دعاء عريض (قوله اصطفى كنانة واصطفى من قريش) الطاء فيه بدل من التاء والصفاء ضد الكدر ممدود وصفوة الشئ خالصه ومحمد صلى الله عليه وسلم صفوة الله ومصطفاه وقال أبو عبيدة صفوة مالى وصفوة مالى فاذا نزعوا الهاء قالوا صفو مالى بالفتح لا غير (قوله يسترذل أصحابها) الرذل الدون الخسيس وقد رذل فلان بالضم يرذل رذالة ورذولة فهو رذل ورذال بالضم من قوم رذول وارذال ورذلاء عن يعقوب (قوله غنينا زمانا) أى عشنا أو اكتفينا يقال غنى بالمكان أقام به وغنى أى عاش بالتصعلك بالفقر والصعلوك الفقير وعروة الصعاليك رجل من العرب كان يجمع الفقراء فى حظيرة و يرزقهم مما يغنم (قوله فما زادنا بغيا) البغى التعدى و يروى بأوا أى كبرا والبأو الكبر والفخر يقال باوت على القوم بأى بأوا

رجوعها ويجب عليها المهر للثاني وان نكلت رددنا اليمين على الثاني فان لم يحلف استقر النكاح للاول وان حلف حصل مع الاول اقرار ومع الثاني يمين ونكول المدعى عليه فان قلنا انه كالبينة حكم بالنكاح للثاني لان البينة تقدم على الاقرار وان قلنا انه بمنزلة الاقرار وهو الصحيح ففيه وجهان أحدهما يحكم ببطلان النكاحين لان مع الاول اقرارا ومع الثاني مايقوم مقام الاقرار فصار كما لو أقرت لهما في وقت واحد والثاني ان النكاح للاول لانه سبق الاقرار له فلم يبطل باقرار بعده ويجب عليها المهر للثاني كما لو أقرت للاول ثم أقرت للثاني

﴿فصل﴾ ويجوز لولي الصبي ان يزوجه اذا رأى ذلك لما روى ان عمر رضي الله عنه زوج ابناله صغيرا ولانه يحتاج اليه اذا بلغ فاذا زوجه ألف حفظ الفرج وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة فيه وجهان أحدهما لايجوز لان حفظ الفرج يحصل بامرأة والثاني يجوز أن يزوجه بأربع لانه قد يكون له فيه حظ وأما المجنون فانه ان كان له حال افاقة لم يجز تزويجه بغير اذنه لانه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه وان لم يكن له حال افاقة ورأى الولي تزويجه للعفة أو الخدمة زوجه لان له فيه مصلحة وأما المحجور عليه لسفه فانه ان رأى الولي تزويجه زوجه لان ذلك من مصلحته فان كان كثير الطلاق سراه بجارية لانه لايقدر على اعتاقها وان طلب التزويج وهو محتاج اليه فامتنع الولي فتزوج بغير اذنه ففيه وجهان أحدهما انه لايصح لانه تزوج بغير اذنه فلم يصح منه كما لو تزوج قبل الطلب والثاني يصح لانه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه باذن من هو عليه فاذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه وأما العبد فانه ان كان بالغا فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه فيه قولان أحدهما له ذلك لانه مملوك يملك بيعه واجارته فملك تزويجه من غير رضاه كالامة والثاني ليس له ذلك لان النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك اجباره عليه كالقسم وان كان صغيرا ففيه طريقان أحدهما انه على القولين لانه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والاجارة والثاني انه يملك تزويجه قولا واحدا لانه ليس من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير وان دعا العبد البالغ مولاه الى النكاح ففيه قولان أحدهما يلزمه تزويجه لانه مكلف مولى عليه فاذا طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه والثاني لايلزمه لانه يملك بيعه واجارته فلم يلزمه تزويجه كالامة وأما المكاتب فلا يملك المولى اجباره على النكاح لانه سقط حقه من رقبته ومنفعته فان دعا المكاتب المولى الى التزويج فان قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى وان قلنا لايجب عليه تزويج العبد ففي المكاتب وجهان أحدهما لايجب لانه مملوك فلم يلزمه تزويجه كالعبد والثاني يجب لانه لاحق له في كسبه بخلاف العبد فان كسبه للمولى فاذا زوجه بطل عليه كسبه للمهر والنفقة

﴿فصل﴾ ولا يصح النكاح الا بشاهدين وقال أبو ثور يصح من غير شهادة لانه عقد فصح من غير شهادة كالبيع وهذا خطأ لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان ويخالف البيع فان القصد منه المال والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ومبناهما على الاحتياط ولا يصح الا بشاهدين ذكرين فان عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضي الله عنها ولا يصح الا بعدلين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل فان عقد بمجهولي الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه لايصح لان ما افتقر ثبوته الى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالاثبات عند الحاكم والثاني يصح وهو المذهب لانا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح أنكحة العامة الا بحضرة الحاكم لانهم لايعرفون شروط العدالة وفي ذلك مشقة فاكتفي بالعدالة الظاهرة كما اكتفي

في الحوادث في حقهم بالتقليد حين شق عليهم ادرا كها بالدليل فان عقد بمجهولين ثم بان انهما كانا فاسقين لم يصح لانا حكمنا بصحته في الظاهر فاذا بان خلافه حكم بابطاله كالو حكم الحاكم باجتهاده ثم وجد النص بخلافه ومن أصحابنا من قال فيه قولان بناء على القولين في الحاكم اذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان انهما كانا فاسقين وان عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان أحدهما انه يصح لان الاعمى يجوز ان يكون شاهدا والثاني لا يصح لانه لا يعرف العاقد فهو كالاصم الذي لا يسمع لفظ العاقد ويصح بشهادة ابني أحد الزوجين لانه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو اذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة فيه وجهان أحدهما يصح لانهما من أهل الشهادة والثاني لا يصح لانه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال

﴿فصل﴾ واذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج عقدنا بعدلين ففيه وجهان أحدهما ان القول قول الزوج لان الاصل بقاء العدالة والثاني ان القول قول الزوجة لان الاصل عدم النكاح وان تصادقا على انهما تزوجا بولي وشاهدين وأنكر الولي والشاهدان لم يلتفت الى انكارهم لان الحق لهما دون الولي والشاهدين

﴿فصل﴾ ولا يصح الا على زوجين معينين لان المقصود بالنكاح أعيانهما فوجب تعيينهما فان كانت المنكوحة حاضرة فقال زوجتك هذه صح وان قال زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح لان مع التعيين بالاشارة لا حكم للاسم فلم يؤثر الغلط فيه وان كانت المنكوحة غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له غيرها صح وان قال زوجتك ابنتي فاطمة وهي عائشة صح لانه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب فلم يؤثر الخطأ فيه وان كان له ابنتان فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة وان قال زوجتك عائشة وقبل الزوج ونويا ابنته أو قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونويا الكبيرة صح لانها تعينت بالنية وان قال زوجتك ابنتي ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح لان الايجاب في امرأة والقبول في أخرى وان قال زوجتك ابنتي عائشة ونوى الصغيرة وقبل الزوج ونوى الكبيرة صح النكاح في عائشة في الظاهر ولم يصح في الباطن لان الزوج قبل في غير ما أوجب الولي

﴿فصل﴾ ويستحب ان يخطب قبل العقد لما روي عن عبد الله قال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله قال عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وأنتم مسلمون اتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا فان عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل بن سعد الساعدي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي خطب الواهبة زوجتكها بما معك من القرآن ولم يذكر الخطبة ويستحب أن يدعى لهما بعد العقد لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفأ الانسان اذا تزوج قال بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير

﴿فصل﴾ ولا يصح العقد الا بلفظ التزويج أو الانكاح لان ماسواهما من الالفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح ولان الشهادة شرط في النكاح فاذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح واختلف أصحابنا في نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة فمنهم من قال لا يصح لان كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الاحلال ومنهم من قال يصح لانه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها وان قال زوجني فقال زوجتك صح لان الذي خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجنيها فقال النبي صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن

(قوله خطبة الحاجة) الحاجة ههنا النكاح (قوله كان اذا رفأ الانسان) أي دعاله والرفاء بالمد هو الدعاء بالاتفاق وحسن الاجتماع يقال للمتزوج بالرفاء والبنين وأصله من رفأ الثوب وهو اصلاحه

وان قال زوجتك فقال قبلت ففيه قولان أحدهما يصح لأن القبول يرجع الى ماأوجبه الولى كما يرجع في البيع الى ماأوجبه البائع والثانى لايصح لان قوله قبلت ليس بصريح فى النكاح فلم يصح به كما لو قال زوجتك فقال نعم وان عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجه أحدها لايصح لقوله صلى الله عليه وسلم استحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله بالعربية فلاتقوم العجمية مقامها كالقرآن والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه ان كان يحسن بالعربية لم يصح وان لم يحسن صح لان مااختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة والثالث وهو الصحيح انه يصح سواء أحسن بالعربية أولم يحسن لأن لفظ النكاح بالعجمية يأتى على مايأتى عليه لفظه بالعربية فقام مقامه ويخالف القرآن فان القصد منه النظم المعجز وذلك لايوجد فى غيره والقصد بالتكبيرة العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كافعال الصلاة والقصد بالنكاح تمليك مايقصد بالنكاح والعجمية كالعربية فى ذلك فان فصل بين القبول والايجاب بخطبة بان قال الولى زوجتك وقال الزوج بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها ففيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله انه يصح لان الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتى الجمع والثانى لايصح لانه فصل بين الايجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ويخالف التيمم فانه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد

﴿فصل﴾ واذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولاخيار الشرط لان العادة فى النكاح انه يسئل عما يحتاج اليه قبل العقد فلا حاجة فيه الى الخيار بعده والله أعلم

﴿باب مايحرم من النكاح ومالايحرم﴾

من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه لان النكاح يراد للاستمتاع ولايوجد ذلك فى نكاح المرتد ولايصح نكاح الخنثى المشكل لانه ان تزوج امرأة لم يؤمن ان يكون امرأة وان تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا ولايصح نكاح المحرم لما بيناه فى الحج

﴿فصل﴾ ويحرم على الرجل من جهة النسب الام والبنت والاخت والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت لقوله عزوجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الاخت ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك السبب كل من يدلى به وان بعد فتحرم عليه الام وكل من يدلى بالامومة من الجدات من الاب والام وان علون وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب اليه بالبنوة من بنات الأولاد وأولاد الاولاد وان سفلن وتحرم عليه الاخت من الأب والاخت من الام والاخت من الأب والام وتحرم عليه العمة وكل من يدلى اليه بالعمومة من أخوات الآباء والاجداد من الأب والام أومن الاب أومن الام وان علون وتحرم عليه الخالة وكل من يدلى اليه بالخؤلة من أخوات الجدات من الأب والام أومن الاب أومن الام وان علون وتحرم عليه بنت الاخ وكل من ينتسب اليه ببنوة الأخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وان سفلن وتحرم عليه بنت الاخت وكل من ينتسب اليه ببنوة الاخت من أولادها وأولاد أولادها وان سفلن لان الاسم يطلق على من قرب وبعد والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى يابنى آدم وقوله تعالى ملة أبيكم ابراهيم وقوله سبحانه وتعالى ملة آبائى ابراهيم واسحق ويعقوب فاطلق عليهم اسم الآباء مع البعد وقال صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه يرمون ارموا فان أباكم اسمعيل عليه السلام كان راميا فسمى اسمعيل أباهم مع البعد ولان من بعد منهم كمن قرب فى الحكم والدليل عليه أن ابن الابن كالابن والجد كالأب فى الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة فلان يكون كالابن والأب فى التحريم ومبناه على التغليب أولى

(قوله استحللتم فروجهن بكلمة الله) هى قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء وقيل قوله تعالى فامساك بمعروف أوتسريح باحسان ذكره الزمخشرى

(قوله بلفظ معجز) يعنى القرآن يعنى معجزا ان يأتى أحد بمثله وان بانت منه افترقت منه وأصله البعد والبينونة البعد مصدر على غير القياس

(فصل) ويحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل لقوله تعالى وأمهات نسائكم ويحرم عليه كل من يدلي الى امرأته بالامومة من الجدات من الأب والام لما بيناه في الفصل قبله ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع لانه اذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى فان بانت الام قبل الدخول حلت له البنت وان دخل بالام حرمت عليه البنت على التأبيد لقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ويحرم عليه كل من ينتسب الى امرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وان سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد كما تحرم البنت ويحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى وحلائل أبنائكم ويحرم عليه حليلة كل من ينتسب اليه بالبنوة من بني الاولاد وأولاد الاولاد لما بيناه ويحرم عليه حليلة الاب لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ويحرم عليه حليلة كل من يدلي اليه بالابوة من الاجداد لما ذكرناه

(فصل) ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه في ملك أو شبهة لان الوطء معنى تصير به المرأة فراشا فتعلق به تحريم المصاهرة كالنكاح ولان الوطء في ايجاب التحريم آكد من العقد بدليل ان الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأبيد فاذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة فقال في أحد القولين هو كالوطء في التحريم لانها مباشرة لا تستباح الا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء والثاني لا يحرم بها ما يحرم بالوطء لقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولانها مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة وان تزوج امرأة ثم وطئ أمها أو بنتها أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لانه معنى يوجب تحريما مؤبدا فاذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع

(فصل) وان زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان بنكاح ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولا تحرم هي على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر ولانه معنى لا تصير به المرأة فراشا فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة وان لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر وان زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعي رحمه الله أكره أن يتزوجها فان تزوجها لم أفسخ فمن أصحابنا من قال انما كره خوفا من أن تكون منه فعلى هذا ان علم قطعا انها منه بان أخبره النبي صلى الله عليه وسلم في زمانه لم تحل له ومنهم من قال انما كره ليخرج من الخلاف لان أبا حنيفة يحرمها فعلى هذا ولو تحقق انها منه لم تحرم وهو الصحيح لانها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا واختلف أصحابنا في المنفية باللعان فمنهم من قال يجوز للملاعن نكاحها لانها منفية عنه فهي كالبنت من الزنا ومنهم من قال لا يجوز للملاعن نكاحها لانها غير منفية عنه قطعا ولهذا لو أقر بها ثبت النسب

(فصل) ويحرم عليه أن يجمع بين اختين في النكاح لقوله عز وجل وان تجمعوا بين الاختين ولان الجمع بينهما يؤدي الى العداوة وقطع الرحم ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولانهما امرأتان لو كانت احداهما ذكرا لم يحل له نكاح الاخرى فلم يجز الجمع بينهما في النكاح كالاختين فان جمع بين الاختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها في عقد واحد بطل نكاحهما

(قوله وحلائل ابنائكم) جمع حليلة فعيلة من الحلال الذي هو ضد الحرام

لانه ليست احداهما بأولى من الاخرى فبطل نكاحهما وان تزوج احداهما بعد الاخرى بطل نكاح الثانية لانها اختصت بالتحريم وان تزوج احداهما ثم طلقها فان كان طلاقا بائنا حلت له الأخرى لانه لم يجمع بينهما فى الفراش وان كان رجعيا لم تحل لانها باقية على الفراش وان قال أخبرتنى بانقضاء العدة وأنكرت المرأة لم يقبل قوله فى اسقاط النفقة والسكنى لانه حق لها ويقبل قوله فى جواز نكاح أختها لان الحق لله تعالى وهو مقلد فيما بينه وبينه فان نكح وثنى وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج باختها فى عدتها لم يصح وقال المزنى النكاح موقوف على اسلامها فان لم تسلم حتى انقضت العدة صح كما يقف نكاحها على اسلامها وهذا خطأ لانها جارية الى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ويخالف هذا نكاحها فان الموقوف هناك الحل والنكاح يجوز أن يقف حله ولا يقف عقده ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الاسلام ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة

﴿فصل﴾ ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لانه اذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وان ملك أختين فوطئ احداهما حرمت عليه الاخرى حتى تحرم الموطوأة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح فان خالف ووطئها لم يعد الى وطئها حتى تحرم الاولى والمستحب أن لا يطأ الاولى حتى يستبرئ الثانية حتى لا يكون جامعا الماء فى رحم أختين وان تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة لان أختها على فراشه وان وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة لان فراش المنكوحة أقوى لانه يملك به حقوق لا تملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والايلاء واللعان فثبت الاقوى وسقط الاضعف كملك اليمين لما ملك به مالا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعة اذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح

﴿فصل﴾ وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فنص على الام والاخت وقسنا عليهما من سواهما وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة

﴿فصل﴾ ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأبيد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرما فى جواز النظر والخلوة لانها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرما لها كالام والبنت ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصر محرما لها لانها حرمت عليه بسبب غير مباح ولم تلحق بذوات المحارم والانساب

﴿فصل﴾ ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار كعبدة الاوثان ومن ارتد عن الاسلام لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويحرم عليه أن يطأ اماءهم بملك اليمين لان كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء امائهم بملك اليمين كالاخوات والعمات ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى ومن دخل فى دينهم قبل التبديل لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ولان الصحابة رضى الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة فتزوج عثمان رضى الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهى نصرانية وأسلمت عنده وتزوج حذيفة رضى الله عنه بيهودية من أهل المدائن وسئل جابر رضى الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبى وقاص ويحل له وطء امائهم بملك اليمين لان كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء امائهم كالمسلمين ويكره أن يتزوج حرائرهم وان يطأ اماءهم بملك اليمين لانا لا نأمن أن يميل اليها

فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها فان كانت حربية فالكراهية أشد لانه لا يؤمن ماذكرناه ولانه يكثر سواد أهل الحرب ولانه لا يؤمن أن يسبى ولده منها فيسترق

﴿فصل﴾ وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام وصحف شيث فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ اماءهم بملك اليمين لانه قيل ان ما معهم ليس من كلام الله عزوجل وانما هو شئ نزل به جبريل عليه السلام كالاحكام التى نزل بها على النبى صلى الله عليه وسلم من غير القرآن وقيل ان الذى معهم ليس بأحكام وانما هى مواعظ والدليل عليه قوله تعالى انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ومن دخل فى دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ اماءهم بملك اليمين لانهم دخلوا فى دين باطل فهم كمن ارتد من المسلمين ومن دخل فيهم ولا يعلم انهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وطء امائهم بملك اليمين لان الاصل فى الفروج الحظر فلا تستباح مع الشك

﴿فصل﴾ واختلف أصحابنا فى السامرة والصابئين فقال أبو اسحق السامرة من اليهود والصابئون من النصارى واستفتى القاهر أبا سعيد الاصطخرى فى الصابئين فأفتى بقتلهم لانهم يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة والمذهب أنهم ان وافقوا اليهود والنصارى فى أصول الدين من تصديق الرسل والايمان بالكتب كانوا منهم وان خالفوهم فى أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الاوثان واختلفوا فى المجوس فقال أبو ثور يحل نكاحهم لانهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى وقال أبو اسحق ان قلنا انهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء امائهم والمذهب أنه لا يحل لانهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الاوثان وأما حقن الدم فلان لهم شبهة كتاب والشبهة فى الدم تقتضى الحقن وفى البضع تقتضى الحظر وأما ما قال أبو اسحق فلا يصح لانه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر

﴿فصل﴾ ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثنى وكتابية لان الولد من قبيلة الاب ولهذا ينسب اليه ويشرف بشرفه فكان حكمه فى النكاح حكمه ومن ولد بين كتابى ووثنية ففيه قولان أحدهما انها لا تحرم عليه لانها من قبيلة الاب والاب من أهل الكتاب والثانى انها تحرم لانها لم تتمحض كتابية فاشبهت المجوسية

﴿فصل﴾ ولا يحل له نكاح الامة الكتابية لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ولانها ان كانت لكافر استرق ولده منها وان كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها وأما الامة المسلمة فانه ان كان الزوج حرا نظرت فان لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله عزوجل ذلك لمن خشى العنت منكم فدل على انها لا تحل لمن لم يخش العنت وان خشى العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشترى به أمة جاز له نكاحها للآية وان وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الامة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم فدل على انه اذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الامة وان وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشترى به أمة ففيه وجهان أحدهما يجوز لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات

جعلوا بدل الحرام حلالا وبدل الحلال حراما وبدلوا صفة النبى صلى الله عليه وسلم على غير ما نزلت من عند الله (قوله فتفتنه) الفتنة هى الاضلال عن الحق الى الباطل والفاتن المضل عن الحق وفتنته المرأة اذا أحلته والفتنة أيضا الابتلاء والاختبار (قوله حقن دمائهم) حقنت دمه منعت أن يسفك وأصله من حقنت اللبن أحقنه بالضم اذا جمعته فى السقاء وصببت حليبه على رائبه واسم هذا اللبن الحقين (قوله يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة) هى الشمس والقمر والمشترى وزحل والمريخ وزهرة وعطارد ومدبرة أى تدبر الخلق فى معاشهم وفقرهم وغناهم يقال الوزير يدبر الملك أى ينظر فى أمر مصلحته والتدبر هو التفكر فى عواقب الامور وذلك رأى المنجمين وكذبوا انما ذلك الى الله تعالى (قوله ومن لم يستطع منكم طولا) الطول الفضل والبسطة والمقدرة على المال والطول أيضا المن تطول علىّ أى منّ لمن خشى العنت أى يخاف الزنا والعنت أيضا المشقة قال تعالى عزيز عليه ما عنتم ودوا ما عنتم كانه تلحقه المشقة بترك النكاح والعنت فى اللغة المشقة الشديدة يقال أكمة عنوت اذا كانت شاقة قاله الازهرى وقال المبرد العنت ههنا الهلاك لان الشهوة تحمله على الزنا فيهلك بالحد وقال الجوهرى هو الفجور ههنا (قوله المحصنات) هن ههنا الحرائر والمحصنات

فما ملكت أيمانكم وهذا غير مستطيع أن ينكح المحصنات المؤمنات والثاني لا يجوز وهو الصحيح لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وهذا لا يخشى العنت وان كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو رتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان أحدهما يحل له نكاح الامة لانه يخشى العنت والثاني لا يحل لان تحته حرة فلا يحل له نكاح الامة والصحيح هو الاول فان لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الامة وقال المزني اذا وجد صداق حرة بطل نكاح الامة لان شرط الاباحة قد زال وهذا خطأ لان زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد وان كان الزوج عبدا حل له نكاح الامة وان وجد صداق حرة ولم يخف العنت لانهما متساويان فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر

﴿فصل﴾ ويحرم على العبد نكاح مولاته لان أحكام الملك والنكاح تتناقض فان المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر الى المشرق والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر الى المغرب والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة وان تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح لان ملك اليمين أقوى لانه يملك به الرقبة والمنفعة فاسقط النكاح ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لان النكاح يوجب للمرأة حقوقا يمنع منها ملك اليمين فبطل وان تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه في العبد اذا تزوج حرة ثم اشترته

﴿فصل﴾ ويحرم على الاب نكاح جارية ابنه لان له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره فان تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان أحدهما انه يبطل النكاح لان ملك الابن كملكه في اسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه في ابطال النكاح والثاني لا يبطل لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح

﴿فصل﴾ ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ولان العدة وجبت لحفظ النسب فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب و بطل المقصود و يكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة لانه لا يؤمن أن تكون حاملا من غيره فان تزوجها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس ان النكاح باطل لانها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة والثاني وهو قول أبي سعيد وأبي اسحق انه يصح وهو الصحيح لانها ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح و يجوز نكاح الحامل من الزنا لان حملها لا يلحق باحد فكان وجوده كعدمه

﴿فصل﴾ ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع وروى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم خذ منهن أربعا و يحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين وقال أبو ثور يحل له أن يجمع بين أربع وهذا خطأ لما روى أن عمر رضي الله عنه خطب وقال من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء فقال رجل أنا فقال كم قال اثنتان فسكت عمر وروى ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما

﴿فصل﴾ ولا يجوز نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك

تقدم عليه الامة الفاجرة يقال مدينة حصينة أي ممنوعة ودرع حصينة لا يعمل فيها السلاح (قوله عقدة النكاح) وعقده هو احكامه واثباته مأخوذ من عقد الحبل وهو ربطه حتى يبلغ الكتاب أجله الاجل مدة الشيء التي ينتهي اليها كاجل الدين وأجل الموت (قوله المرتابة بالحمل) هي الشاكة والريب والريبة هي الشك لا ريب فيه لا شك (قوله مثنى وثلاث ورباع) كل هذا لفظ معدول عن اثنتين وثلاث وأربع منهم من يقيس عليه الى العشرة ومنهم من يمنع ذلك يقال ثناء وثلاث ورباع ومثنى ومثلث ومربع وقد يغاير بين ألفاظها كما جاء به القرآن (قوله ولا يجوز نكاح الشغار) أصله من شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه عند البول لان كل واحد منهما يشغر اذا نكح ومعناه لا ترفع رجل ابنتي مالم أرفع رجل ابنتك وقال في الفائق هو من قولهم شغرت بني فلان من البلد اذا أخرجتهم قال ونحن شغرنا ابني نزار كليهما * وكلبا بطعن مرهب متقارب ومنه قولهم تفرقوا شغر بغر لانهما اذا تبدلا باختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته الى صاحبه وفارق بها ابنته اليه وقيل سمي لخلوه عن المهر من قولهم شغر البلد اذا خلي عن أهله وقال في الشامل وقيل سمي شغارا لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول

ابنته أو أخته ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق ولانه اشرك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد كما لو زوج ابنته من رجلين فأما اذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان لانه لم يحصل التشريك في البضع وانما حصل الفساد في الصداق وهو انه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح وان قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل لان الفساد في الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته فأشبه المسألة قبلها وان قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى ففيه وجهان أحدهما يصح لان الشغار هو الخالي من الصداق وهذا لم يخل من الصداق والثاني لا يصح وهو المذهب لان المبطل هو التشريك في البضع وقد اشترك في البضع

(فصل) ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول زوجتك ابنتي يوما أو شهرا لما روى محمد بن علي رضي الله عنهما انه سمع أباه علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء فقال له علي كرم الله وجهه انك امرؤ تائه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية ولانه عقد يجوز مطلقا فلم يصح مؤقتا كالبيع ولانه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والارث وعدة الوفاة فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة

(فصل) ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على انه اذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحلها للزوج الاول لما روى هزيل عن عبد الله قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصلة والموصولة والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له وآكل الربا ومطعمه ولانه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه نكاح المتعة وان تزوجها على انه اذا وطئها طلقها ففيه قولان أحدهما انه باطل لما ذكرناه من العلة والثاني أنه يصح لان النكاح مطلق وانما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد فان تزوجها واعتقد أنه يطلقها اذا وطئها كره ذلك لما روى أبو مرزوق التجيبي ان رجلا أتى عثمان رضي الله عنه فقال ان جاري طلق امرأته في غضبه ولقي شدة فاردت أن أحتسب نفسي ومالي فأتزوجها ثم أبني بها ثم أطلقها فترجع الى زوجها الاول فقال له عثمان رضي الله عنه لا تنكحها الا بنكاح رغبة فان تزوج على هذه النية صح النكاح لان العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد ولهذا لو اشترى عبدا بشرط أن لا يبيعه بطل ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل

(فصل) وان تزوج بشرط الخيار بطل العقد لانه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع وان شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لانه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لانه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع فان شرط أن لا يطأها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا فان كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد وان كان من جهة الزوج لم يبطل لان الزوج يملك الوطء ليلا ونهارا وله أن يترك فاذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه والمرأة يستحق عليها الوطء ليلا ونهارا فاذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه وذلك ينافي مقصود العقد فبطل

(فصل) ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ولما روت فاطمة بنت قيس ان أبا حفص بن عمر طلقها ثلاثا فارسل اليها

(قوله نكاح المتعة) أصله من المتاع وهو ما يتبلغ به الى حين والتمتع أيضا الانتفاع بالشئ كأنه ينتفع صاحبه ويتبلغ بنكاحها الى الوقت الذي وقته (قوله انك امرؤ تائه) أي متحير عن الحق يقال تاهت السفينة عن بلد كذا أي تحيرت عن المقصد فلم تهتد له ويقال تاه في الارض اذا ذهب متحيرا قال الله تعالى يتيهون في الارض ويقال أيضا تاه يتيه اذا تكبر (قوله الحمر الانسية) بفتح النون ضد الوحشية منسوبة الى الانس بالتحريك وهم الحي المقيمون والانس أيضا لغة في الانس (قوله الواصلة والموصولة) هي التي تصل شعرها بشعر آخر والواشمة والموشومة أن تغرز ابرة في شئ من البدن في اليد أو الرجل أو الوجه ثم يذر عليه النؤور فيندمل وقد صار موشوما أسود (قوله فاردت ان أحتسب نفسي ومالي) أي أطلب به أجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهو الاجر والجمع الحسب (قوله ثم أبني بها) أي أطؤها وأصله ان من تزوج بنى بيتا في العادة فكنى عن الوطء بالبناء ويقال بنى الرجل بامرأته اذا وطئها (قوله التعريض بخطبة المعتدة) هو ضد التصريح وهو التورية بالشئ يقال عرضت بفلان ولفلان اذا قلت قولا وأنت تعنيه وأصله من عرض الشئ وهو جانبه يقال اضرب به عرض الحائط كأنه يحوم حوله ولا يظهره

النبي صلى الله عليه وسلم لا تسبقيني بنفسك فزوجها باسامة رضي الله عنه و يحرم التصريح بالخطبة لانه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم ولان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح فتخبر بانقضاء العدة والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها الى الاخبار بانقضاء العدة وان خالعها زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها لانه يجوز له نكاحها فهو معها كالاجنبي مع الاجنبية في غير العدة و يحرم على غيره التصريح بخطبتها لانها محرمة عليه وهل يحرم التعريض فيه قولان أحدهما يحرم لان الزوج يملك أن يستبيحها في العدة فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية والثاني لا يحرم لانها معتدة بائن فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما يحل وفيما يحرم لان الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا في تحليله وتحريمه والتصريح أن يقول اذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه والتعريض أن يقول رب راغب فيك وقال الزهري أنت جميلة وأنت مرغوب فيك وقال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت قد سبقك غيرك ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا وفسر الشافعي رحمه الله السر بالجماع فسماه سرا لانه يفعل سرا وأنشد فيه قول امرئ القيس

ألا زعمت بسباسة اليوم انني * كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ولان ذكر الجماع دناءة وسخف

(فصل) ومن خطب امرأة فصرح له بالاجابة حرم على غيره خطبتها الا أن يأذن فيه الاول لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب الاول أو يأذن له فيخطب وان لم يصرح له بالاجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره لما روي ان فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان معاوية وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحي أسامة وان عرض له بالاجابة ففيه قولان قال في القديم تحرم خطبتها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولان فيه افسادا لما تقارب بينهما وقال في الجديد لا تحرم لانه لم يصرح له بالاجابة فاشبه اذا سكت عنه فان خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح لان المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد وبالله التوفيق

(باب الخيار في النكاح والرد بالعيب)

اذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء وهي التي انسد فرجها أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار وان وجدت المرأة زوجها مجنونا أو مجذوما أو أبرص أو مجبوبا أو عنينا ثبت لها الخيار لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم البسي ثيابك والحقي باهلك فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لانها في معناه في منع الاستمتاع وان وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان أحدهما يثبت له الخيار لان النفس تعاف من مباشرته فهو كالابرص والثاني لا خيار له لانه يمكنه الاستمتاع به وان وجدت المرأة زوجها خصيا ففيه قولان أحدهما لها الخيار لان النفس تعافه والثاني لا خيار لها لانها تقدر على الاستمتاع به وان وجد أحدهما بالآخر عيبا وبه مثله بان وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان أحدهما له الخيار لان النفس تعاف من عيب غيرها وان كان بها مثله والثاني لا خيار له لانهما

تسفل في فعله والسخف رقة العقل وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف (قوله فصعلوك لا مال له) قد ذكر الصعلوك وانه الفقير (قوله لا يضع العصا عن عاتقه) العاتق موضع الرداء من المنكب يذكر ويؤنث ومعناه ان غالب أحواله حمل العصا فانه قد ينام فيضعها ويصلي فيضعها (قوله قرناء أو رتقاء) مفسر في الكتاب وأصل الرتق ضد الفتق وارتتق أي التأم ومنه قوله كانتا رتقا ففتقناهما والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك منها والقرن بسكون الراء العفلة الصغيرة في الفرج وفي الحديث اختصم شريح في جارية بها قرن فقال اقعدوها فان أصاب الارض فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب والعفل والعفلة بالتحريك فيهما شيء يخرج من قبل النساء وحيا الناقة شبيه بالادرة التي للرجال والمرأة عفلاء (قوله فرأى بكشحها بياضا) الكشح الجنب وهو ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف (قوله لان النفس تعاف) أي تكره عاف الطعام والشراب يعافه اذا كرهه فلم يشربه

متساويان فى النقص فلم يثبت لهما الخيار كما لو تزوج عبد بأمة وان حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار فان كان بالزوج ثبت لها الخيار لان ما ثبت به الخيار اذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالاعسار بالمهر والنفقة وان كان بالزوجة ففيه قولان أحدهما يثبت به الخيار وهو قوله فى الجديد وهو الصحيح لأن ما ثبت به الخيار فى ابتداء العقد ثبت به الخيار اذا احدث بعده كالعيب فى الزوج والثانى وهو قوله فى القديم انه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها

﴿فصل﴾ والخيار فى هذه العيوب على الفور لانه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب فى البيع ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لانه مختلف فيه

﴿فصل﴾ وان فسخ قبل الدخول سقط المهر لانه ان كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها وان كان الرجل هو الذى فسخ الا انه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدليس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ وان كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل لانه يستند الفسخ الى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل فى نكاح فاسد فوجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره فيه قولان قال فى القديم يرجع لانه غره حتى دخل فى العقد وقال فى الجديد لا يرجع لانه حصل له فى مقابلته الوطء فان قلنا يرجع فان كان الرجوع على الولى رجع بجميعه وان كان على المرأة ففيه وجهان أحدهما يرجع بجميعه كالولى والثانى يبقى منه شيأ حتى لا يعرى الوطء عن بدل وان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب لم يرجع بالنصف لانه رضى بازالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به

﴿فصل﴾ ولا يجوز لولى المرأة الحرة ولا لسيد الامة ولا لولى الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب لان فى ذلك اضرارا بالمولى عليه فان خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفء وان دعت المرأة لولى أن يزوجها بمجنون لم يلزمه تزويجها لان عليه فى ذلك عارا وان دعت الى نكاح مجبوب أو عنين لم يكن له أن يمتنع لانه لا ضرر عليه فى ذلك وان دعت الى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان أحدهما له أن يمتنع لان عليه فى ذلك عارا والثانى ليس له أن يمتنع لان الضرر عليها دونه

﴿فصل﴾ وان حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولى على الفسخ لان حق الولى فى ابتداء العقد دون الاستدامة ولهذا لو دعت المرأة الى نكاح عبد كان للولى أن يمتنع ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولى اجبارها على الفسخ

﴿فصل﴾ اذا ادعت المرأة على الزوج انه عنين وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه فان نكل ردت اليمين على المرأة وقال أبو سعيد الاصطخرى يقضى عليه بنكوله ولا تحلف المرأة لانه أمر لا تعلمه والمذهب الاول لانه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق وقوله انها لا تعلمه يبطل باليمين فى كناية الطلاق وكناية القذف فاذا احلفت المرأة أو اعترف الزوج أجله الحاكم سنة لما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه قضى فى العنين أن يؤجل سنة وعن على عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم نحوه ولان العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة فاذا مضت عليه الفصول الاربعة واختلفت عليه الاهوية ولم يزل دل على انه خلقة ولا تثبت المدة الا بالحاكم لانه مختلف فيها بخلاف مدة الايلاء فان جامعها فى الفرج سقطت المدة وأدناه أن يغيب الحشفة فى الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه فان كان بعض الذكر مقطوعا لم يخرج من التعنين الا بتغييب جميع ما بقى ومن

(قوله العنين) هو الذى لا يشتهى النساء يقال رجل عنين بين العنة وامرأة عنينة لا تشتهى الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول مثل جريح والاسم منه العنة وعن الرجل من امرأته اذا حكم عليه القاضى بذلك أو منع عنها بالسحر مشتق من عن الشئ اذا اعترض كأنه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولا يصيبه وقيل مشتق من العنان شبه به فى لينه ورخاوته والمجبوب هو المقطوع الذكر والانثيين والجب القطع ومنه الاسلام يجب ما قبله والخصى مقطوع البيضتين مع بقاء الذكر والمسلول منزوع البيضتين من سل الشئ اذا استخرجه برفق (قوله الفصول الاربعة) هى الشتاء والربيع والصيف والخريف سميت بذلك لانفصال كل واحد منها عن صاحبه والفصل القطع من المفصل فصلت الشئ اذا قطعته فانقطع (قوله الاهوية) جمع هواء وهو الحر والبرد والاعتدال والحشفة ما فوق الختان

أصحابنا من قال اذا غيب من الباقي بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لان الباقي قائم مقام الذكر والمذهب الاول لانه اذا كان الذكر سليما فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة واذا كان مقطوعا فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع وان وطئها في الدبر لم تخرج من حكم التعنين لانه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الاحلال للزوج الاول وان وطئ في الفرج وهي حائض سقطت المدة لانه محل للوطء وان ادعى أنه وطئها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه لا يمكن اثباته بالبينة وان كانت بكرا فالقول قولها لان الظاهر انه لم يطأها فان قال الزوج وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت

﴿فصل﴾ وان اختارت المقام معه قبل انقضاء الاجل ففيه وجهان أحدهما يسقط خيارها لانها رضيت بالعيب مع العلم والثاني لا يسقط خيارها لانه اسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح كالعفو عن الشفعة قبل البيع وان اختارت المقام بعد انقضاء الاجل سقط حقها لانه اسقاط حق بعد ثبوته وان أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها لانه خيار ثبت بعيب وقد اسقطته فلم يجز أن ترجع فيه فان لم يجامعها حتى انقضى الاجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما لانه مختلف فيه وتكون الفرقة فسخا لانه فرقة لا تقف على ايقاع الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسخا كفرقة الرضاع وان تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة لان القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد

﴿فصل﴾ وان وجدت المرأة زوجها مجبوبا ثبت لها الخيار في الحال لان عجزه متحقق فان كان بعضه مجبوبا وبقي ما يمكن الجماع به فقالت المرأة لا تتمكن من الجماع به وقال الزوج أمكن ففيه وجهان أحدهما ان القول قوله لان له ما يمكن الجماع بمثله فقبل قوله كما لو اختلفا وله ذكر قصير والثاني وهو قول أبي اسحق ان القول قول المرأة لان الظاهر معها فان الذكر اذا قطع بعضه ضعف وان اختلفا في القدر الباقي هل يمكن الجماع به فالقول قول المرأة لان الاصل عدم الامكان

﴿فصل﴾ اذا تزوجت امرأة رجلا على انه على صفة فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان أحدهما ان العقد باطل لان الصفة مقصودة كالعين ثم اختلاف العين يبطل العقد فكذلك اختلاف الصفة ولانها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة والقول الثاني انه يصح العقد وهو الصحيح لان ما لا يفتقر العقد الى ذكره اذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر فعلى هذا ان خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار لان الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة فان خرج دونها فان كان عليها في ذلك نقص بان شرط انه حر فخرج عبدا أو انه جميل فخرج قبيحا أو انه عربي فخرج عجميا ثبت لها الخيار لانه نقص لم ترض به وان لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجميا وهي عجمية ففيه وجهان أحدهما لها الخيار لانها ما رضيت أن يكون مثلها والثاني لا خيار لها لانه لا نقص عليها في حق ولا كفاءة

﴿فصل﴾ وان كان الغرر من جهة المرأة نظرت فان تزوجها على أنها حرة فكانت أمة وهو ممن يحل له نكاح الامة ففي صحة النكاح قولان فان قلنا انه باطل فوطئها لزمه مهر المثل وهل يرجع به على الغار فيه قولان أحدهما لا يرجع لانه حصل له في مقابلته الوطء والثاني يرجع لان الغار ألجأه اليه فان كان الذي غره غير الزوجة رجع عليه وان كانت هي الزوجة رجع عليها اذا اعتقت وان كان وكيل السيد رجع عليه في الحال وان أحبلها فضمن قيمة الولد رجع بها على من غره وان قلنا انه صحيح فهل يثبت له الخيار فيه قولان أحدهما لا خيار له لانه يمكنه أن يطلق والثاني له الخيار وهو الصحيح لان ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون وقال أبو اسحق ان كان الزوج عبدا فلا خيار له قولا واحدا لانه

(قوله فخرج عجميا) الفرق بين العجم والاعجمي والعربي والاعرابي ان العجمي هو الذي ابوه وأمه عجميان والاعجمي الذي ولد ببلاد العجم وان لم يكن منهم والعربي الذي ينسب الى العرب والاعرابي الذي يسكن البادية من العرب

مثلها

مثلها والصحيح انه لافرق بين ان يكون حرا أو عبدا لان عليه ضرر المرض به وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار فان فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه اذا قلنا انه باطل وان قلنا لا خيار له أوله الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح فان وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر لانه لم يرض برقه وان وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك لانه رضي برقه وان غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففي صحة النكاح القولان فان قلنا انه باطل ودخل بها وجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره على القولين فان قلنا يرجع فان كان الغرور من غيرها رجع بالجميع وان كان منها ففيه وجهان أحدهما يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها والثاني يبقى منه شيأ حتى لا يعرى الوطء عن بدل وان قلنا انه صحيح فان كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه لم يثبت الخيار وان خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار وان كان دون نسبه ففيه وجهان أحدهما له الخيار لانه لم يرض أن تكون دونه والثاني لا خيار له لانه لا نقص على الزوج بان تكون المرأة دونه في الكفاءة فان قلنا ان له الخيار فاختار الفسخ فالحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه باطل وان اختار المقام فهو كما لو قلنا انه صحيح وقد بيناه

﴿فصل﴾ وان تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح والمنصوص انه لا خيار له وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية ان له الخيار فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما له الخيار لان الحرة الكتابية أحسن حالا من الامة لان الولد منها حر والاستمتاع بها تام فاذا جعل له الخيار فيها كان في الامة والولد منها رقيق والاستمتاع بها ناقص أولى والقول الثاني لا خيار له لان العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيأ يظنه على صفة فخرج بخلافها فانه لا يثبت له الخيار فكذلك ههنا واذا لم يجعل له الخيار في الامة ففي الكتابية أولى ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية ولا خيار له في الامة لان في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط لان الظاهر ممن لا غيار عليه انه ولي مسلمة وانما التفريط من جهة الولي في ترك الغيار وفي الامة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال

﴿فصل﴾ اذا أعتقت الامة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار لما روت عائشة رضي الله عنها قالت أعتقت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبدا فاختارت نفسها ولو كان حرا ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه لا ضرر عليها في كونها حرة تحت حر ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته وان أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار لحديث عائشة رضي الله عنها ولان عليها عارا وضررا في كونها تحت عبد ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار فثبت به الخيار في استدامته ولها ان تفسخ بنفسها لانه خيار ثابت بالنص فلم يفتقر الى الحاكم وفي وقت الخيار قولان أحدهما انه على الفور لانه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب في البيع والثاني انه على التراخي لانا لو جعلناه على الفور لم نأمن ان تختار المقام أو الفسخ ثم تندم فعلى هذا في وقته قولان أحدهما يتقدر بثلاثة أيام لانه جعل حد المعرفة الحظ في الخيار في البيع والثاني ان لها الخيار الى ان تمكنه من وطئها لانه روى ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضي الله عنهما وهو قول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة ابن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار رضي الله عنهم فان أعتقت ولم تختر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل بالعتق فان كان في موضع يجوز ان يخفى عليها العتق فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر انها لم تعلم وان كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لان ما تدعيه خلاف الظاهر وان علمت بالعتق ولكن ادعت انها لم تعلم ان لها الخيار ففيه قولان أحدهما لا خيار لها

كما لو اشترى سلعة فيها عيب وادعى انه لم يعلم ان له الخيار والثانى ان لها الخيار لان الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم وان أعتقت وهى صغيرة ثبت لها الخيار اذا بلغت وان كانت مجنونة ثبت لها الخيار اذا عقلت وليس للولى ان يختار لان هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولى كالطلاق وان أعتقت فلم تختر حتى عتق الزوج ففيه قولان أحدهما لا يسقط خيارها لانه حق ثبت فى حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق والثانى يسقط لان الخيار ثبت للنقص وقد زال فان أعتقت وهى فى العدة من طلاق رجعى فلها ان تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها ان تفسخ لانها اذا لم تفسخ ربما راجعها اذا قارب انقضاء العدة فاذا فسخت احتاجت ان تستأنف العدة وان اختارت المقام فى العدة لم يسقط خيارها لانها جارية الى بينونة فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه وان أعتقت تحت عبد فطلقها قبل ان تختار الفسخ ففيه قولان أحدهما ان الطلاق ينفذ لانه صادف الملك والثانى لا ينفذ لانه يسقط حقها من الفسخ فعلى هذا ان فسخت لم يقع الطلاق وان لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق

﴿فصل﴾ وان أعتقت وفسخت النكاح فان كان قبل الدخول سقط المهر لان الفرقة من جهتها وان كان بعد الدخول نظرت فان كان العتق بعد الدخول استقر المسمى وان كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لان العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لانه وجب بالعقد فى ملكه وان كانت مفوضة فاعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففى المهر قولان ان قلنا يجب بالعقد كان للمولى لانه وجب قبل العتق وان قلنا يجب بالفرض كان لها لانه وجب بعد العتق

﴿فصل﴾ وان تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان أحدهما لا خيار لها لانها دخلت فى العقد مع العلم برقه والثانى وهو ظاهر النص ان لها ان تفسخ النكاح لان الرق ليس بنقص فى الكفر وانما هو نقص فى الاسلام فيصير كنقص حدث بالزوج فيثبت لها الخيار وان تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فاعتقت الامة ثبت لها الخيار لانها اعتقت تحت عبد وان أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى الطيب بن سلمة انه لا يثبت لها الخيار وهو ظاهر ما نقله المزنى والفرق بينها وبين ما قبلها ان هناك الامر موقوف على اسلام الزوج فاذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة وههنا الامر موقوف على اسلامها فاى وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ والثانى وهو قول أبى اسحق انه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها وأنكر ما نقله المزنى

﴿فصل﴾ اذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعتقها فاعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لانها اذا فسخت سقط مهرها واذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدى اثبات الخيار الى اسقاطه فسقط

﴿فصل﴾ وان أعتق عبد وتحته أمة ففيه وجهان أحدهما يثبت له الخيار كما يثبت للامة اذا كان زوجها عبدا والثانى لا يثبت لان رقها لا يثبت به الخيار فى ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار فى استدامته

﴿باب نكاح المشرك﴾

اذا أسلم الزوجان المشركان على صفة لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح أقرا على النكاح وان عقد بغير ولى ولا شهود لانه أسلم خلق كثير فاقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنكحتهم ولم يسألهم عن شروطه وان أسلما والمرأة ممن لا تحل له كالام والاخت لم يقرا على النكاح لانه لا يجوز

ان يبتدئ نكاحها فلا يجوز الاقرار على نكاحها وان أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني فان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وان كان بعد الدخول وقفت الفرقه على انقضاء العدة فان أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة وقال أبو ثور ان أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ لما روى عبد الله بن شبرمة ان الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فايهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لانها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ

﴿فصل﴾ وان أسلم الحر وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه لزمه ان يختار أربعا منهن لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن أربعا ولان ما زاد على أربع لا يجوز اقراره المسلم عليه فان امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير لانه حق توجه عليه لا يدخله النيابة فاجبر عليه فان أغمي عليه في الحبس خلي الى ان يفيق لانه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار فخلي كما يخلى من عليه دين اذا أعسر به فان أفاق أعيد الى الحبس والتعزير الى أن يختار ويؤخذ بنفقة جيعهن الى ان يختار لانهن محبوسات عليه بحكم النكاح والاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء الاربع فينفسخ نكاح البواقي أو يقول اخترت فراق هؤلاء فيثبت نكاح البواقي وان طلق واحدة منهن كان ذلك اختيار النكاحها لان الطلاق لا يكون الا في زوجة وان ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختيارا لانه قد يخاطب به غير الزوج وان وطئ واحدة ففيه وجهان أحدهما انه اختيار لان الوطء لا يجوز الا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار والثاني وهو الصحيح انه ليس باختيار لانه اختيار للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لان الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا في غير معين وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ لا يجوز تعليقه على الصفة ولان الفسخ انما يستحق فيما زاد على أربع وقد يجوز ان لا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ وان قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان أحدهما يصح وهو ظاهر النص لانه قال وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكن شيأ الا أن يريد به الطلاق فدل على انه اذا أراد الطلاق صح ووجهه ان الطلاق يصح تعليقه على الصفات والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انه لا يصح لان الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك وأراد بهذا القول الطلاق فانه يصح لانه طلاق لا يتضمن اختيارا فجاز تعليقه على الصفة وان أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره لان الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة وان أسلم وأحرم فالمنصوص انه يصح اختياره فمن أصحابنا من جعلها على قولين أحدهما لا يصح كما لا يصح نكاحه والثاني يصح كما تصح رجعته ومنهم من قال ان أسلم ثم أحرم ثم أسلمن لم يجز ان يختار قولا واحدا لانه لا يجوز ان يبتدئ النكاح وهو محرم فلا يجوز ان يختاره وحمل النص عليه واذا أسلم ثم أسلمن ثم أحرم فان له الخيار لان الاحرام طرأ بعد ثبوت الخيار

﴿فصل﴾ وان مات قبل ان يختار لم يقم وارثه مقامه لان الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه وتجب على جيعهن العدة لان كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات فمن كانت حاملا

اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهور اعتدت بأربعة أشهر وعشر ومن كانت من ذوات الاقراء اعتدت بالاقصى من الاجلين من ثلاثة اقراء أو أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ويوقف ميراث أربع نسوة الى ان يصطلحن لانا نعلم ان فيهن أربع زوجات وان كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع اليهن شئ لجواز أن تكون الزوجات غيرهن وان جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لان فيهن زوجة بيقين ولا يدفع اليهن الا بشرط انه لم يبق لهن حق ليمكن صرف الباقى الى باقى الورثة وان جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف لان فيهن زوجتين بيقين وعلى هذا القياس وان كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى القاسم الداركى انه لا يوقف شئ لانه لا يوقف الا ما يتحقق استحقاقه ويجهل مستحقه وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز أن تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن والثانى يوقف لانه لا يجوز ان يدفع الى باقى الورثة الا ما يتحقق انهم يستحقونه ويجوز أن يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقى الورثة

﴿فصل﴾ وان أسلم وتحته أختان أو امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا معه لزمه ان يختار احداهما لما روى ان ابن الديلمى أسلم وتحته أختان فقال له النبى صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت وفارق الاخرى وان أسلم وتحته أم وبنت وأسلمتا معه لم يخل اما ان لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالام دون البنت أو بالبنت دون الام فان لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان أحدهما يمسك البنت وتحرم الام وهو اختيار المزنى لان النكاح فى الشرك كالنكاح الصحيح بدليل انه يقر عليه والام تحرم بالعقد على البنت وقد وجد العقد والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام ولم يوجد الدخول والقول الثانى وهو الصحيح انه يختار من شاء منهما لان عقد الشرك انما تثبت له الصحة اذا انضم اليه الاختيار فاذا لم ينضم اليه الاختيار فهو كالمعدوم ولهذا لو أسلم وعنده اختان واختار احداهما جعل كانه عقد عليها ولم يعقد على الاخرى فاذا اختار الام صار كانه عقد عليها ولم يعقد على البنت واذا اختار البنت صار كانه عقد عليها ولم يعقد على الام فعلى هذا اذا اختار البنت حرمت الام على التأبيد لانها أم امرأته وان اختار الام حرمت البنت تحريم جمع لانها بنت امرأة لم يدخل بها وان دخل بها حرمت البنت بدخوله بالام وأما الام فان قلنا انها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين بالعقد على البنت وبالدخول بها وان قلنا انها لا تحرم بالعقد حرمت بعلة وهى الدخول وان دخل بالام دون البنت فان قلنا ان الام تحرم بالعقد على البنت حرمت الام بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالام وان قلنا ان الام لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالام وثبت نكاح الام وان دخل بالبنت دون الام ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الام وحرمت فى أحد القولين بالعقد وبالدخول وفى القول الآخر بالدخول

﴿فصل﴾ وان أسلم وتحته أربع اماء فاسلمن معه فان كان ممن يحل له نكاح الامة اختار واحدة منهن لانه يجوز ان يبتدئ نكاحها فجاز له اختيارها كالحرة وان كان ممن لا يحل له نكاح الامة لم يجز ان يمسك واحدة منهن وقال أبو ثور يجوز لانه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ لانه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالام والاخت ويخالف الرجعة لان الرجعة سد ثلمة فى النكاح والاختيار اثبات النكاح فى المرأة فصار كابتداء العقد وان أسلم وتحته اماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن لان وقت الاختيار عند اجتماع اسلامه واسلامهن وهو فى هذا الحال ممن يجوز له نكاح الامة فكان له اختيارها وان أسلم بعضهن وهو موسر وأسلم بعضهن وهو معسر فله ان يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو معسر

(قوله اعتدت بأقصى الاجلين) أى أبعدهما والقصا البعد وقوله حرمت على التأبيد قد ذكرنا ان الابد الدهر وهو تفعيل منه تأبد الشئ اذا بقى على مر الابد أى الدهر (قوله سد ثلمة) الثلمة الخلل فى الحائط وغيره وقد ثلمته أثلمه بالكسر يقال فى السيف ثلم وفى الاناء ثلم اذا انكسر من شفته شئ ومثله حديث ابراهيم انه يكره الشرب من ثلمة الاناء ومن عروتها يقال انها كفل الشيطان أى مركبه

ولا يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو موسر اعتبارا بوقت الاختيار

﴿فصـل﴾ وان أسلم وعنده أربع اماء فاسلمت منهن واحدة وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله ان يختار المسلمة وله ان ينتظر اسلام البواقي ليختار من شاء منهن فان اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك لان الفسخ انما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها وليس ههنا فضل فان خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة و بطل الفسخ وان أسلمن فله أن يختار واحدة فان اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ففيه وجهان أحدهما ليس له ذلك لانا منعنا الفسخ فيها لانها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح و باسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها فثبت فيها الفسخ والثاني وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لان اختيار الفسخ كان قبل وقته فكان وجوده كعدمه كما لو اختار نكاح مشركة قبل اسلامها

﴿فصـل﴾ وان أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة و بطل نكاح الامة لانه لا يجوز أن يبتدئ نكاح الامة مع وجود حرة فلا يجوز أن يختارها فان أسلم وأسلمت الامة معه وتخلفت الحرة فان أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها و بطل نكاح الامة كما لو أسلمتا معا وان انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين فان كان ممن يحل له نكاح الامة فله أن يمسكها

﴿فصل﴾ وان أسلم عبد وتحته أربع فاسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فان أعتق بعد اسلامه واسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لانه ثبت له الاختيار وهو عبد وان أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الاربع لانه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة

﴿فصـل﴾ وان تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما فان كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح لانه لا يجوز له أن يبتدئ نكاحها فلا يجوز اقراره على نكاحها وان كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه لانه يجوز أن يبتدئ نكاحها وان أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح وان كان قبله لم يعتقدا تابيده والنكاح عقد مؤبد وان أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لاحدهما متى شاء لم يقرا عليه لانهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم وان أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام فان كان قبل انقضاء المدة لم يقرا عليه لانهما لا يعتقدان لزومه وان كان بعد انقضاء المدة أقرا عليه لانهما يعتقدان لزومه وان طلق المشرك امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه لانها لا تحل له قبل زوج فلم يقرا عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم وان قهر حربي حربية ثم أسلما فان اعتقدا ذلك نكاحا أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فاقرا عليه كالنكاح بلا ولي ولا شهود وان لم يعتقدا ذلك نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس بنكاح

﴿فصل﴾ اذا ارتد الزوجان أو أحدهما فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح وان لم يجتمعا وقعت الفرقة لانه انتقال من دين الى دين يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين

﴿فصل﴾ وان انتقل الكتابي الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه لانه لو كان على هذا الدين في الاصل لم يقر عليه فكذلك اذا انتقل اليه وما الذي يقبل منه فيه ثلاثة أقوال أحدها يقبل منه الاسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر عليه أهله لان كل واحد من ذلك مما يجوز الاقرار عليه والثاني لا يقبل منه الا الاسلام لانه دين حق أو الدين الذي كان عليه لانا أقررناه عليه والثالث لا يقبل منه الا الاسلام وهو الصحيح لانه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه فلم يبق الا الاسلام

(قوله وان أسلم وتخلفت الحرة) تخلف ضد تقدم وهو من الخلف نقيض القدام

وان انتقل الكتابي الى دين يقر أهله عليه ففيه قولان أحدهما يقر عليه لانه دين يقر أهله عليه فاقر عليه كالاسلام والثاني لا يقر عليه لقوله عز وجل ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه فعلى هذا فيما يقبل منه قولان أحدهما يقبل منه الاسلام أو الدين الذي كان عليه والثاني لا يقبل منه الا الاسلام لما ذكرناه وكل من انتقل من الكفار الى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم اذا ارتد

﴿فصل﴾ وان تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يقر عليه لان كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمي كنكاح المرتدة والثاني وهو المذهب أنه يقر عليه لان كل نكاح أقر عليه بعد الاسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية

﴿فصل﴾ اذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح وقال الزوج بل أسلمنا معا فالنكاح على حاله ففيه قولان أحدهما أن القول قول الزوج وهو اختيار المزني لان الاصل بقاء النكاح والثاني أن القول قول المرأة لان الظاهر معها فان اجتماع اسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر قال في الام اذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس أو حين غربت الشمس لم ينفسخ النكاح لاتفاق اسلامهما في وقت واحد وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب فان أقام البينة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها انفسخ نكاحهما لان حال الطلوع والغروب من حين يبتدئ بالطلوع والغروب الى أن يتكامل وذلك مجهول وان أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا فقال الزوج أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فلا نكاح بيننا فقد نص الشافعي رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ونص في مسئلتين على أن القول قول الزوجة احداهما اذا قال الزوج للرجعية راجعتك قبل انقضاء العدة فنحن على النكاح وقالت الزوجة بل راجعتني بعد انقضاء العدة فالقول قول الزوجة والثانية اذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقال أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة فمن أصحابنا من نقل جواب بعضها الى بعض وجعل في المسائل كلها قولين أحدهما أن القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والثاني أن القول قول الزوجة لان الاصل عدم الاسلام والرجعة ومنهم من قال هي على اختلاف حالين فالذي قال ان القول قول الزوج اذا سبق بالدعوى والذي قال القول قول الزوجة اذا سبقت بالدعوى لان قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق اليه فلا يجوز ابطاله بقول غيره ومنهم من قال هي على اختلاف حالين على وجه آخر فالذي قال القول قول الزوج أراد اذا اتفقا على صدقه في زمان ما ادعاه لنفسه بان قال أسلمت وراجعت في رمضان فقالت المرأة صدقت لكن انقضت عدتي في شعبان فالقول قول الزوج لاتفاقهما على الاسلام والرجعة في رمضان واختلافهما في انقضاء العدة والذي قال القول قول المرأة اذا اتفقا على صدقها في زمان ما ادعته لنفسها بان قالت انقضت عدتي في شهر رمضان فقال الزوج لكن راجعت أو أسلمت في شعبان فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة في رمضان واختلافهما في الرجعة والاسلام

﴿كتاب الصداق﴾

المستحب أن لا يعقد النكاح الا بصداق لما روى سهل بن سعد رضي عنه أن امرأة قالت قد وهبت نفسي لك يارسول الله صلى الله عليك فر في رأيك فقال رجل زوجنيها قال اطلب ولو خاتما من حديد فذهب فلم يجئ بشئ فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شئ فقال نعم فزوجه بما معه من القرآن ولان ذلك أقطع للخصومة ويجوز من غير صداق لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء

﴿ومن كتاب الصداق﴾ يقال الصداق والصداق بالفتح والكسر ويقال أيضا الصدقة قال الله عز وجل وآتوا النساء صدقاتهن والصدقة مثلة بالضم وتسكين الدال

مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فاثبت الطلاق مع عدم الفرض وروى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل انى أزوجك فلانة قال نعم قال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم فزوج أحدهما من صاحبه فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق فلما حضرته الوفاة قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيأ وانى قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر فاخذت سهمه فباعته بمائة ألف ولان القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق

﴿فصل﴾ ويجوز أن يكون الصداق قليلا لقوله صلى الله عليه وسلم اطلب ولو خاتما من حديد ولانه بدل منفعتها فكان تقدير العوض اليها كاجرة منافعها ويجوز أن يكون كبيرا لقوله عز وجل وآتيتم احداهن قنطارا قال معاذ رضي الله عنه القنطار ألف ومائتا أوقية وقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه ملء مسك ثور ذهبا والمستحب أن يخفف لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة ولانه اذا كبر أجحف وأضر ودعى الى المقت والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لازواجه اثنتى عشرة أوقية ونشا أتدرون ما النش نصف أوقية وذلك خمسمائة درهم والمستحب الاقتداء به والتبرك بمتابعته فان ذكر صداق في السر وصداق في العلانية فالواجب ما عقد به العقد لان الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به وان قال زوجتك ابنتي بألف وقال الزوج قبلت نكاحها بخمسمائة وجب مهر المثل لان الزوج لم يقبل بألف والولي لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل

﴿فصل﴾ ويجوز أن يكون الصداق دينا وعينا وحالا ومؤجلا لانه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالاجارة

﴿فصل﴾ ويجوز أن يكون منفعة كالخدمة وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحة لقوله عز وجل انى أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فجعل الرعي صداقا وزوج النبي صلى الله عليه وسلم الواهبة من الذي خطبها بما معه من القرآن ولا يجوز أن يكون محرما كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذمية لا تتعلمه للرغبة في الاسلام ولا ما فيه غرر كالمعدوم والمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر لانه عوض في عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض في البيع والاجارة فان تزوج على شيء من ذلك لم يبطل النكاح لان فساده ليس بأكثر من عدمه فاذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده ويجب مهر المثل لانها لم ترض من غير بدل ولم يسلم لها البدل وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت في يد المشترى

﴿فصل﴾ فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما الينا قبل الاسلام نظرت فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لانه لا يمكن اجباره على تسليم المحرم وان كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا وان قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقي من مهر المثل فان كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان أحدهما يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لانه لا قيمة لها فكان الجميع واحدا فيها فسقط نصف الصداق ويجب نصف مهر المثل والثاني يعتبر بالكيل لانه أحصر وان أصدقها عشرة من الخنازير وقبضت منها خمسة ففيه وجهان أحدهما يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف

(قوله ملء مسك ثور ذهبا) المسك بفتح الميم الجلد وجمعه مسوك (يؤدى الى المقت) أشد البغض مقته مقتا اذا أبغضه (النش) عشرون درهما نصف أوقية كما ذكر وهو عربي لانهم يسمون الاربعين درهما أوقية ويسمون العشرين نشا ويسمون الخمسة نواة (قوله على أن تأجرني ثماني حجج) كان الصداق في شرع من قبلنا للاولياء

ويجب لها نصف مهر المثل لانه لاقيمة لها فكان الجميع واحدا والثاني يعتبر بما له قيمة وهو الغنم فيقال لو كانت غنما كم كانت قيمة ما قبض منها فيبرأ منه بقدره ويجب بحصة ما بقي من مهر المثل لانه لما لم تكن له قيمة اعتبر بما له قيمة كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له ارش مقدر من الجنايات

﴿فصل﴾ وان أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها وقبلت لم يلزمها أن تتزوج به لانه سلف في عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذي هذا الالف على أن تتزوجي بي وتعتق الامة لانه أعتقها على شرط باطل فسقط الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبده ان ضمنت لي خمرا فانت حر فضمن ويرجع عليها بقيمتها لانه لم يرض في عتقها الا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع اليها فوجبت قيمتها كما لو باع عبدا بعوض محرم وتلف العبد في يد المشتري وان تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد وقال أبو على بن خيران يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا خطأ لان المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهي مجهولة فلم يجز وان أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي على بن خيران أنه يمكنه ذلك بان يقول ان كان في معلوم الله تعالى انى اذا أعتقتك تزوجت بي فانت حرة فاذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وان لم تتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق والثاني وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لانه حال ما تتزوج به نشك انها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح فاذا لم يصح النكاح لم تعتق لانه لم يوجد شرط العتق وان أعتقت امرأة عبدا على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه في الامة ولا يلزمه قيمته لان النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيأ آخر ويخالف الامة فان نكاحها حق للمولى فاذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها وان قال رجل لآخر أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتي فاعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه وهل تلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلي ألف فاعتقه أحدهما يلزمه كما لو قال أعتق عبدك عني على ألف والثاني لا يلزمه لانه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه

﴿فصل﴾ ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب لان اطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فثبت فيه خيار الرد كالعوض في البيع ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس لانه أحد عوضي النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع ولان خيار الشرط وخيار المجلس جعلا لدفع الغبن والصداق لم يبن على المغابنة فان شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعي رحمه الله يبطل النكاح فمن أصحابنا من جعله قولا لانه أحد عوضي النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع ومنهم من قال لا يبطل وهو الصحيح كما لا يبطل اذا جعل المهر خمرا أو خنزيرا وما قال الشافعي رحمه الله محمول على ما اذا شرط في المهر والنكاح ويجب مهر المثل لان شرط الخيار لا يكون الا زيادة جزء أو نقصان جزء فاذا سقط الشرط وجب اسقاط ما في مقابلته فيصير الباقي مجهولا فوجب مهر المثل وان تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لانه شرط باطل أضيف الى الصداق فابطله ويجب مهر المثل لما ذكرناه في شرط الخيار

﴿فصل﴾ وتملك المرأة المسمى بالعقد ان كان صحيحا ومهر المثل ان كان فاسدا لانه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع وان كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر الى من ينظر في مالها وان كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه اليها ومن أصحابنا من خرج في البكر البالغة قولا آخر أنه يجوز أن يدفع اليها أو الى أبيها أو جدها لانه يجوز اجبارها على النكاح فجاز للولي قبض صداقها

بغير اذنها كالصغيرة فان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها فقالت المرأة لا أسلم نفسي حتى أقبض الصداق ففيه قولان أحدهما لا يجبر واحد منهما بل يقال من سلم منكما أجبرنا الآخر والثاني يؤمر الزوج بتسليم الصداق الى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فاذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق اليها كالقولين فيمن باع سلعة بثمن معين وقد بينا وجه القولين في البيوع فان قلنا بالقول الأول لم تجب لها النفقة في حال امتناعها لانها ممتنعة بغير حق وان قلنا بالقول الثاني وجبت لها النفقة لانها ممتنعة بحق وان تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع لان بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن

﴿فصل﴾ فان كان الصداق عينا لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع وان كان دينا فعلى القولين في الثمن وان كان عينا فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع وهل ترجع الى مهر المثل أو الى بدل العين فيه قولان قال في القديم ترجع الى بدل العين لانه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع الى بدلها كالمغصوب فعلى هذا ان كان مما له مثل وجب مثله وان لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد الى أن تلف كالمغصوب ومن أصحابنا من قال تجب قيمته يوم التلف لانه وقت الفوات والصحيح هو الأول لان هذا يبطل بالمغصوب وقال في الجديد ترجع الى مهر المثل لانه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب الرجوع الى بدل المعوض كما لو اشترى ثوبا بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده فانه يجب قيمة الثوب وان قبضت الصداق ووجدت به عيبا فردته أو خرج مستحقا رجعت في قوله القديم الى بدله وفي قوله الجديد الى مهر المثل وان كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين اذا تلفت فترجع في قوله القديم الى أجرة المثل وفي قوله الجديد الى مهر المثل

﴿فصل﴾ ويستقر الصداق بالوطء في الفرج لقوله عز وجل وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وفسر الافضاء بالجماع وهل يستقر بالوطء في الدبر فيه وجهان أحدهما يستقر لانه موضع يجب بالايلاج فيه الحد فاشبه الفرج والثاني لا يستقر لان المهر في مقابلة ما يملك بالعقد والوطء في الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر ويستقر بالموت قبل الدخول وقال أبو سعيد الاصطخري ان كانت أمة لم يستقر بموتها لانها كالسلعة تباع وتبتاع والسلعة المبيعة اذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن فكذلك اذا ماتت الامة وجب أن يسقط المهر والمذهب أنه يستقر لان النكاح الى الموت فاذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البدل كالاجارة اذا انقضت مدتها واختلف قوله في الخلوة فقال في القديم تقرر المهر لانه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء في تقرر البدل كالاجارة وقال في الجديد لا تقرر لانه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة في غير النكاح

﴿فصل﴾ وان وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء لانه استقر فلم يسقط فان أصدقها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان أحدهما يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني لا يجوز أن يعلمها لانه لا يؤمن الافتتان بها ويخالف الحديث فانه ليس له بدل فلو منعناه من سماعه منها أدى الى اضاعته وفي الصداق لا يؤدي الى ابطاله لان في قوله الجديد ترجع الى مهر المثل وفي قوله القديم ترجع الى أجرة التعليم وان وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت فان كانت بسبب من جهة المرأة بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه سقط مهرها لانها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط البدل كالبائع اذا أتلف المبيع

(قوله لا يؤمن الافتتان بها) يقال فتنته المرأة اذا دلهته وافتتنته أيضا وأنشد أبو عبيد لأعشى همدان

لئن فتنتني لهي بالامس أفتنت
سعيدا فامسى قد قلى كل مسلم

وأنكر الاصمعي افتتنه (قوله اياكم وخضراء الدمن هي المرأة الحسنا في منبت السوء) شبهت بالبقلة تنبت حسنة في الدمن وهي البعر والدمن جمع دمنة وهي الموضع الذي يكثر فيه الدمن

قبل التسليم وان كانت بسبب من جهته نظرت فان كان بطلاق سقط نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وان كان باسلامه أو بردته سقط نصفه لانه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول فتنصف بها المهر كالطلاق وان كان بسبب منهما نظرت فان كان بخلع سقط نصفه لان المغلب فى الخلع جهة الزوج بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو اذا خالع مع أجنبي فصار كما لو انفرد به وان كان بردة منهما ففيه وجهان أحدهما يسقط نصفه لان حال الزوج فى النكاح أقوى فسقط نصفه كما لو ارتد وحده والثانى يسقط الجميع لان المغلب فى المهر جهة المرأة لان المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فان اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان أحدهما يسقط النصف لان البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام الزوج فصار كالفرقة الواقعة بالخلع والثانى يسقط جميع المهر لان البيع تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه

﴿فصل﴾ وان قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها وقال فى الامة اذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها انه يسقط مهرها فنقل أبو العباس جوابه فى كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما يسقط المهر لانها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر كما لو ارتدت والثانى لا يسقط وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لانها فرقة حصلت بانقضاء الاجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت وقال أبو اسحق لا يسقط فى الحرة ويسقط فى الامة على ما نص عليه لان الحرة كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا يملك منعها من السفر والامة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى وان قتلها الزوج استقر مهرها لان اتلاف الزوج كالقبض كما أن اتلاف المشترى للمبيع فى يد البائع كالقبض فى تقرير الثمن

﴿فصل﴾ ومتى ثبت الرجوع فى النصف لم يخل اما أن يكون الصداق تالفا أو باقيا فان كان تالفا فان كان مما له مثل رجع بنصف مثله وان لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض لانه ان كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت كانت الزيادة فى ملكها فلم يرجع بنصفها وان كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص كان النقصان مضمونا عليه فلم يرجع بما هو مضمون عليه وان كان باقيا لم يخل اما أن يكون باقيا على حالته أو زائدا وناقصا أو زائدا من وجه ناقصا من وجه فان كان على حالته رجع فى نصفه ومتى يملك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه لا يملك الا باختيار التملك لان الانسان لا يملك شيأ بغير اختياره الا الميراث فعلى هذا ان حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها والثانى وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فعلق استحقاق النصف بالطلاق فعلى هذا ان حدثت منه زيادة كانت بينهما وان طلقها والصداق زائد نظرت فان كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج واللبن رجع بنصف الاصل وكانت الزيادة لها لانها زيادة متميزة حدثت فى ملكها فلم تتبع الاصل فى الرد كما قلنا فى الرد بالعيب فى البيع وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف فان دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لانه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز وان دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لان حقه فى نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل وان كانت المرأة مفلسة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة لانه لا يصل الى حقه من البدل فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع فى المبيع مع الزيادة عند افلاس المشترى والثانى وهو قول أكثر

أصحابنا أنه لا يرجع لانه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد فى ملكها بغير رضاها ويخالف
اذا افلس المشترى فان المشترى فرط فى حبس الثمن الى أن افلس فرجع البائع فى العين مع الزيادة فان
كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ففيه وجهان أحدهما لا يجبر الزوج
على أخذها لانها هبة فلا يجبر على قبولها والثانى يجبر وهو المنصوص لانه نماء غير متميز فاجبر على
أخذها كالسمن وان بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها وقال المزنى يلزمه أن
يرجع فيه وعليه ترك الثمرة الى أوان الجذاذ كما يلزم المشترى ترك الثمرة الى أوان الجذاذ وهذا خطأ لانه
قد صار حقه فى القيمة فلا يجبر على أخذ العين ولان عليه ضررا فى ترك الثمرة على نخله فلم يجبر ويخالف
المشترى فانه دخل فى العقد عن تراض فاقرا على ما تراضيا عليه فان طلب الزوج الرجوع بنصف
النخل وترك الثمرة الى أوان الجذاذ ففيه وجهان أحدهما لا تجبر المرأة لانه صار حقه فى القيمة والثانى
تجبر عليه لان الضرر زال عنها ورضى الزوج بما يدخل عليه من الضرر وان طلقها والصداق ناقص
بان كان عبدا فعمى أو مرض فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف فان
رجع فى النصف أجبرت المرأة على دفعه لانه رضى بأخذ حقه ناقصا وان طلب القيمة أجبرت على الدفع لان
الناقص دون حقه وان طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه بان كان عبدا فتعلم صنعة ومرض
فان تراضيا على أخذ نصفه جاز لان الحق لهما وان امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه وان
امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته وان كان الصداق جارية فحبلت فهى كالعبد اذا تعلم صنعة
ومرض لان الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر لانه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد
وان كان بهيمة فحملت ففيه وجهان أحدهما أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل وبين
أن تدفع القيمة لانه زيادة من غير نقص لان الحمل لا يخاف منه على البهيمة والثانى وهو ظاهر النص
أنه كالجارية لانه زيادة من وجه ونقصان من وجه فانه ينقص به اللحم فيما يؤكل ويمنع من الحمل
عليه فيما يحمل فكان كالجارية وان باعته ثم رجع اليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لانه يمكن الرجوع
الى عين ماله فلم يرجع الى القيمة وان وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه لانه باق على
ملكها وتصرفها وان كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف لانه تعلق به حق لازم
لغيرها فان كان عبدا فدبرته ثم طلقها فقد روى المزنى أنه يرجع فمن أصحابنا من قال يرجع لانه باق على
ملكها ومنهم من قال لا يرجع لانه لا يملك نقض تصرفها ومنهم من قال فيه قولان ان قلنا ان التدبير
وصية فله الرجوع وان قلنا انه عتق بصفة رجع بنصف قيمته

﴿فصل﴾ وان كان الصداق عينا فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان أحدهما
لا يرجع عليها وهو اختيار المزنى لان النصف تعجل له بالهبة والثانى يرجع وهو الصحيح لانه عاد اليه
بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق كما لو وهبته لاجنبى ثم وهبه الاجنبى منه وان كان دينا
فابرأته منه ثم طلقها قبل الدخول فان قلنا انه لا يرجع فى الهبة لم يرجع فى الابراء وان قلنا يرجع فى الهبة
ففى الابراء وجهان أحدهما يرجع كما يرجع فى الهبة والثانى لا يرجع لان الابراء اسقاط لا يفتقر الى
القبول والهبة تمليك تفتقر الى القبول فان أصدقها عينا فوهبتها منه ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع
بالجميع فيه قولان لان الرجوع بالجميع فى الردة كالرجوع بالنصف فى الطلاق وان اشترى سلعة بثمن وسلم
الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيبا ففى ردها والرجوع بالثمن وجهان بناء على القولين
فان وجد به عيبا وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالارش فيه وجهان بناء على القولين وان اشترى

سلعتين وهبهامن البائع ثم أفلس المشترى فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولا واحدا لان حقه فى الثمن ولم يرجع اليه الثمن

﴿فصل﴾ اذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذى بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف لقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح وفيمن بيده عقدة النكاح قولان قال فى القديم هو الولى فيعفو عن النصف الذى لها لان الله تعالى خاطب الازواج فقال سبحانه وتعالى وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ولو كان هو الزوج لقال الا أن يعفون أو تعفوا لانه تقدم ذكر الازواج وخاطبهم بخطاب الحاضر فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذى بيده عقدة النكاح غير الزوج فوجب أن يكون هو الولى وقال فى الجديد هو الزوج فيعفو عن النصف الذى وجب له بالطلاق فأما الولى فلا يملك العفو لانه حق لها فلا يملك الولى العفو عنه كسائر ديونها وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الازواج خاطبهم بخطاب الحاضر ثم خاطبهم بخطاب الغائب كما قال الله عز وجل حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم فاذا قلنا ان الذى بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح العفو منه الا بخمسة شروط أحدها أن يكون أبا أو جدا لانهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم والثانى أن تكون المنكوحة بكرا فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لانه لا يملك الولى تزويجها والثالث أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لانه لا حظ لها فى العفو قبل الطلاق لان البضع معرض للتلف فاذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل والرابع أن يكون قبل الدخول فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز اسقاط بدله والخامس أن تكون صغيرة أو مجنونة فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لانه لا ولاية عليها فى المال

﴿فصل﴾ وان فوضت بضعها بان تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان أحدهما لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لانه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق والثانى يجب لانه لو لم يجب لما استقر بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لان اخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فان قلنا يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لان البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة فى يد المشترى ببيع فاسد وان قلنا لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لانه ابتداء ايجاب فكان اليهما كالفرض فى العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو ما يتفقان عليه صار ذلك كالمسمى فى الاستقرار بالدخول والموت والتنصف بالطلاق لانه مهر مفروض فصار كالمفروض فى العقد وان لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شئ من المهر لقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فدل على أنه اذا لم يفرض لم يجب النصف وان لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل لان الوطء فى النكاح من غير مهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم وان ماتا أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان أحدهما لا يجب لها المهر لانها مفوضة فارقت زوجها قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت والثانى يجب لها المهر لما روى علقمة قال أتى عبد الله فى رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيأ ولم يدخل بها فقال أقول فيها برأيى لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الاشجعى قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت ففرح بذلك ولان الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء وان تزوجت على أن لا مهر لها فى الحال ولا فى الثانى ففيه وجهان أحدهما أن النكاح باطل لان النكاح من غير مهر لم يكن الا لرسول الله صلى الله عليه وسلم

(قوله المفوضة) هى المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت الأمر الى فلان أى رددته كأنها ردت الامر الى الزوج وفوضته اليه والتفويض أن تفوض المرأة أمرها الى الزوج فلا تقدر معه مهرا وقيل معنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر فلم تسمه كما قال الشاعر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم
ولا سراة اذا جهالهم سادوا

ويقال المرأة مفوضة بالكسر لتفويضها لانها أذنت وبالفتح لان وليها فوضها بعقده

فتصير كما لو نكح نكاحا ليس له والثاني يصح لانه يلغي قولها لا مهر لي في الثاني لانه شرط باطل في الصداق فسقط و بقي العقد فعلى هذا يكون حكمه حكم القسم قبله

﴿فصل﴾ و يعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالاقرب فالاقرب منهن وأقربهن الاخوات و بنات الاخوة والعمات و بنات الاعمام فان لم يكن لها نساء عصبات اعتبر باقرب النساء اليها من الامهات والخالات لانهن أقرب اليها فان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبها بها و يعتبر بمهر من هي على صفتها في الحسن والعقل والعفة واليسار لانه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التي يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات و يجب من نقد البلد كقيم المتلفات

﴿فصل﴾ واذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان من أصحابنا من قال ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح لانه معاوضة يلحقه الفسخ جاز فسخه بالافلاس بالعوض كالبيع وان كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لان البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالافلاس كالبيع بعد هلاك السلعة ومن أصحابنا من قال ان كان قبل الدخول ثبت الفسخ وان كان بعد الدخول ففيه قولان أحدهما لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه والثاني يثبت لها الفسخ وهو الصحيح لان البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع اليه ولا يجوز الفسخ الا بالحاكم لانه مختلف فيه فافتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب

﴿فصل﴾ اذا زوج الرجل ابنه الصغير وهو معسر ففيه قولان قال في القديم يجب المهر على الأب لانه لما زوجه مع العلم بوجوب المهر والاعسار كان ذلك رضا بالتزامه وقال في الجديد يجب على الابن وهو الصحيح لان البضع له فكان المهر عليه

﴿فصل﴾ وان تزوج العبد باذن المولى فان كان مكتسبا وجب المهر والنفقة في كسبه لانه لا يمكن ايجاب ذلك على المولى لانه لم يضمن ولا في رقبة العبد لانه وجب برضا من له الحق ولا يمكن ايجابه في ذمته لانه في مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه فلم يبق الا الكسب فتعلق به ولا يتعلق الا بالكسب الحادث بعد العقد فان كان المهر مؤجلا تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله لان ما كسبه قبله للمولى و يلزم المولى تمكينه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل لان اذنه في النكاح يقتضي ذلك فان لم يكن مكتسبا وكان مأذونا له في التجارة فقد قال في الام يتعلق بما في يده فمن أصحابنا من حمله على ظاهره لانه دين لزمه بعقد اذن فيه المولى فقضي مما في يده كدين التجارة ومن أصحابنا من قال يتعلق بما يحصل من فضل المال لان ما في يده للمولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما في يده من الكسب وانما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعي رحمه الله على ذلك وان لم يكن مكتسبا ولا مأذونا له في التجارة ففيه قولان أحدهما يتعلق المهر والنفقة بذمته يتبع به اذا اعتق لانه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض فعلى هذا للمرأة أن تفسخ اذا أرادت والثاني يجب في ذمة السيد لانه لما أذن له في النكاح مع العلم بالحال صار ضامنا للمهر والنفقة وان تزوج بغير اذن المولى ووطئ فقد قال في الجديد يجب في ذمته يتبع به اذا اعتق لانه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض وقال في القديم يتعلق برقبته لان الوطء كالجناية وان أذن له في النكاح فنكح نكاحا فاسدا ووطئ ففيه قولان أحدهما ان الاذن يتضمن الصحيح والفاسد لان الفاسد كالصحيح في المهر والعدة والنسب فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه والثاني وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لان الاذن يقتضي عقدا يملك به فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير اذنه وقد بيناه

﴿ باب اختلاف الزوجين فى الصداق ﴾

اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر أو فى أجله تحالفا لانه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف فى قدر عوضه وأجله كالبيع واذا تحالفا لم ينفسخ النكاح لان التحالف يوجب الجهل بالعوض والنكاح لا يبطل بجهالة العوض ويجب مهر المثل لان المسمى سقط وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب بدله كما لو تحالفا فى الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى وقال أبو على بن خيران ان زاد مهر المثل على ما تدعيه المرأة لم تجب الزيادة لانها لا تدعيها وقد بينا فساد قوله فى البيع وان ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه فى البيع فان اختلف الزوج وولى الصغيرة فى قدر المهر ففيه وجهان أحدهما يحلف الزوج ويوقف يمين المنكوحة الى أن تبلغ ولا يحلف الولى لان الانسان لا يحلف لاثبات الحق لغيره والثانى أنه يحلف وهو الصحيح لانه باشر العقد فحلف كالوكيل فى البيع فان بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يحلف الولى لانه لا يقبل اقراره عليها فلم يحلف وهذا فيه نظر لان الوكيل يحلف وان لم يقبل اقراره وان ادعت المرأة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الاحد بثلاثين وأنكر الزوج أحد العقدين وأقامت المرأة البينة على العقدين وادعت المهرين قضى لها لانه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها ثم تزوجها يوم الاحد فلزمه المهران

﴿فصل﴾ وان اختلفا فى قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها لان الاصل عدم القبض وبقاء المهر وان كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها وأنكرت المرأة فان كانت لا تحفظ السورة فالقول قولها لان الاصل عدم التعليم وان كانت تحفظها ففيه وجهان أحدهما أن القول قولها لان الاصل أنه لم يعلمها والثانى أن القول قوله لان الظاهر أنه لم يعلمها غيره وان دفع اليها شيأ وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية فان اتفقا على أنه لم يتلفظ بشئ فالقول قوله من غير يمين لان الهدية لا تصح بغير قول وان اختلفا فى اللفظ فادعى الزوج أنه قال هذا عن صداقك وادعت المرأة أنه قال هو هدية فالقول قول الزوج لان الملك له فاذا اختلفا فى انتقاله كان القول فى الانتقال قوله كما لو دفع الى رجل ثوبا فادعى أنه باعه وادعى القابض أنه وهبه له

﴿فصل﴾ وان اختلفا فى الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله لان الاصل عدم الوطء فان أتت بولد يلحقه نسبه ففى المهر قولان أحدهما يجب لان الحاق النسب يقتضى وجود الوطء والثانى لا يجب لان الولد يلحق بالامكان والمهر لا يجب الا بالوطء والاصل عدم الوطء

﴿فصل﴾ وان أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالاسلام فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها فالقول قول المرأة لان الاصل بقاء المهر وان اتفقا على أن أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما فان كان المهر فى يد الزوج لم يجز للمرأة أن تأخذ منه شيأ لانها تشك فى الاستحقاق وان كان فى يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لانه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيأ لانه شك فى استحقاقه

﴿فصل﴾ وان أصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول وقد حدث بالصداق عيب فقال الزوج حدث بعد ما عاد الى فعليك أرشه وقالت المرأة بل حدث قبل عوده اليك فلا يلزمنى أرشه فالقول قول المرأة لان الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل النقص والاصل عدم الطلاق والمرأة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والاصل عدم النقص فتقابل الامران فسقطا والاصل براءة ذمتها

﴿فصل﴾ واذا وطئ امرأة بشبهة أو فى نكاح فاسد لزمه المهر لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها

باطل

باطل فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها فان أكرهها على الزنا وجب عليه المهر لانه وطء سقط فيه الحد عن الموطوأة بشبهة والواطئ من أهل الضمان فى حقها فوجب عليه المهر كما لو وطئها فى نكاح فاسد فان طاوعته على الزنا نظرت فان كانت حرة لم يجب لها المهر لما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن وان كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ومن أصحابنا من قال يجب لان المهر حق للسيد فلم يسقط باذنها كارش الجناية

﴿فصل﴾ وان وطئ امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطئ انها طاوعته ففيه قولان أحدهما القول قول الواطئ لان الاصل براءة ذمته والثانى القول قول الموطوأة لان الواطئ متلف ويشبه أن يكون القولان مبنيين على القولين فى اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الارض وزارعها

﴿فصل﴾ وان وطئ المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان أحدهما لا يجب المهر لان البضع للسيد وقد أذن له فى اتلافه فسقط بدله كما لو أذن له فى قطع عضو منها والثانى يجب لانه وطء سقط عنه الحد للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطئ فى نكاح فاسد فان أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالمهر لانه متولد من مأذون فيه فاذا كان فى بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون فى بدل ما تولد منه قولان وقال أبو اسحق تجب قيمة الولد يوم سقط قولا واحدا لانها تجب بالاحبال ولم يوجد الاذن فى الاحبال والطريق الأول أظهر لانه وان لم يأذن فى الاحبال الا أنه اذن فى سببه

﴿باب المتعة﴾

اذا طلقت المرأة لم يخل اما أن يكون قبل الدخول أو بعده فان كان قبل الدخول نظرت فان لم يفرض لها مهر وجب لها المتعة لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ولانه لحقها بالنكاح ابتذال وقلت الرغبة فيها بالطلاق فوجب لها المتعة وان فرض لها المهر لم يجب لها المتعة لانه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها ولانه حصل لها فى مقابلة الابتذال نصف المسمى فقام ذلك مقام المتعة وان كان بعد الدخول ففيه قولان قال فى القديم لا تجب لها المتعة لانها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول وقال فى الجديد تجب لقوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وكان ذلك فى نساء دخل بهن ولان ما حصل من المهر لها بدل عن الوطء وبقى الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول وان وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت فان كانت بالموت لم تجب لها المتعة لان النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة وان كانت بسبب من جهة أجنبى كالرضاع فحكمه حكم الطلاق فى الاقسام الثلاثة لانها بمنزلة الطلاق فى تنصيف المهر فكانت كالطلاق فى المتعة وان كانت بسبب من جهة الزوج كالاسلام والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق فى الاقسام الثلاثة لانها فرقة حصلت من جهته فاشبهت الطلاق وان كانت بسبب من جهة الزوجة كالاسلام والردة والرضاع والفسخ بالاعسار والعيب بالزوجين جميعا لم تجب لها المتعة لان المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب وان كانت بسبب منهما نظرت فان كانت بخلع أو جعل الطلاق اليها فطلقت لان حكمها حكم المطلقة فى الاقسام الثلاثة لان المغلب فيها جهة الزوج لانه يمكنه ان يخالعها مع غيرها ويجعل الطلاق الى غيرها فجعل كالمنفرد به وان كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج قد قال فى موضع لا متعة لها وقال فى موضع لها المتعة فمن أصحابنا من قال هى على قولين أحدهما

(قوله مهر البغى وحلوان الكاهن) البغى الزانية والبغاء الزنا وحلوان الكاهن أجرته وقد ذكر والكاهن العالم بالعبرانية

﴿باب المتعة والوليمة﴾ المتعة هى الشئ الذى يتبلغ به ويستعان به على ترويح الحال فى الدنيا ذكره فى الصحاح بروع بنت واشق أهل الحديث يروونه بكسر الباء والصواب الفتح لانه ليس فى كلام العرب فعول الاخروع وعتود (قوله وان فرض لها مهرا) أى أوجبه والفرض الواجب وأصله الحز والقطع (قوله حق الابتذال) الابتذال هو الامتهان والانتفاع مأخوذ من البذلة والمبذلة وهو ما يبتذل ويمتهن من الثياب يقال جاءنا فلان فى مباذله أى ثياب بذله

لا متعة لها لان المغلب جهة السيد لانه يمكنه أن يبيعها من غيره فكان حكمه فى سقوط المتعة حكم الزوج فى الخلع فى وجوب المتعة ولانه يملك بيعها من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختيار الفرقة والثانى أن لها المتعة لانه لا مزية لاحدهما على الآخر فى العقد فسقط حكمهما كما لو وقعت الفرقة من جهة أجنبى ٧ وقال أبو اسحق ان كان مولاها طلب البيع لم تجب لانه هو الذى اختار الفرقة وان كان الزوج طلب وجبت لانه هو الذى اختار الفرقة وحمل القولين على هذين الحالين

﴿فصل﴾ والمستحب أن تكون المتعة خادماً أو مقنعة أو ثلاثين درهما لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال يستحب أن يمتعها بخادم فان لم يفعل فبثياب وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال يمتعها بثلاثين درهما وروى عنه قال يمتعها بجارية وفى الوجوب وجهان أحدهما ما يقع عليه اسم المال والثانى وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة فيه وجهان أحدهما يعتبر بحال الزوج للآية والثانى يعتبر بحالها لانه بدل عن المهر فاعتبر بها

﴿باب الوليمة والنثر﴾

الطعام الذى يدعى اليه الناس ستة الوليمة للعرس والخرس للولادة والاعذار للختان والوكيرة للبناء والنقيعة لقدوم المسافر والمأدبة لغير سبب ويستحب ما سوى الوليمة لما فيها من اظهار نعم الله والشكر عليها واكتساب الأجر والمحبة ولا تجب لان الايجاب بالشرع ولم يرد الشرع بايجابه وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هى واجبة وهو المنصوص لما روى أنس رضى الله عنه قال تزوج عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ومنهم من قال هى مستحبة لانه طعام لحادث سرور فلم تجب كسائر الولائم ويكره النثر لان التقاطه دناءة وسخف ولانه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب

﴿فصل﴾ ومن دعى الى وليمة وجب عليه الاجابة لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا دعى أحدكم الى وليمة فليأتها ومن أصحابنا من قال هى فرض على الكفاية لان القصد اظهارها وذلك يحصل بحضور البعض وان دعى مسلم الى وليمة ذمى ففيه وجهان أحدهما تجب الاجابة للخبر والثانى لا تجب لان الاجابة للتواصل واختلاف الدين يمنع التواصل وان كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب فى اليوم الأول والثانى وتكره الاجابة فى اليوم الثالث لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعى مرتين فأجاب ثم دعى الثالثة فحصب الرسول وعن الحسن رحمه الله أنه قال الدعوة أول يوم حسن والثانى حسن والثالث رياء وسمعة وان دعاه اثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق فان استويا فى السبق أجاب أقربهما رحما فان استويا فى الرحم أجاب أقربهما دارا لانه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ما ذكرناه كصدقة التطوع فان استويا فى ذلك أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر فقدم بالقرعة

﴿فصل﴾ وان دعى الى موضع فيه دف أجاب لان الدف يجوز فى الوليمة لما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فصل بين الحلال والحرام الدف فان دعى الى موضع فيه منكر من زمر

(قوله خادماً أو مقنعة) الخادم واحد الخدام غلاماً كان أو جارية وهو فاعل من الخدمة والمقنعة ما يغطى به الرأس والفارس المقنع الذى غطى رأسه بالحديد (قوله وعلى المقتر قدره) المقتر الفقير وأصله التضييق فى النفقة (قوله الوليمة) مشتقة من ولم الزوجين وهو اجتماعهما والولم الجمع ومنه سمى العبد الولم لانه يجمع الرجلاين ذكره فى البيان قال الزمخشرى الوليمة من الولم وهو خيط يربط لانها لعقد المواصلة والوليمة تقع على كل طعام يتخذ عند حادث سرور الا أن استعمالها فى العرس أشهر وأما الخرس فيقال بالسين والصاد وهو طعام الولادة والخرسة ما تطعمه النفساء قال فى الفائق وكانه سمى خرسا لانها تصنع عند وضعها وانقطاع صرة حملها وفى أمثالهم تخرسى لا مخرسة لك أى اصفعى لك فانه لا صانع لك ويقال التمر خرسة مريم عليها السلام لقوله تعالى تساقط عليك رطبا جنيا والاعذار من عذر الغلام اذا ختنته قال أبو عبيد يقال أعذر الجارية والغلام يعذرهما عذرا اذا ختنهما والنقيعة مأخوذ من النقع وهو النحر يقال نقع الجزور اذا نحرها ونقع جيبه شقه قال المرار نقعن جيوبهن على حيا * وأعددن المراثى والعويلا * وقال أبو زيد النقيعة طعام الاملاك والاملاك التزويج وفى الحديث فى تزويج خديجة بالنبى عليه السلام قال أبو خديجة وقد ذبحوا بقرة عند ذلك ما هذه النقيعة وقد جمع الشاعر هذه الاطعمة المذكورة فى الكتاب حيث قال أو

* كل الطعام تشتهى ربيعة * الخرس والاعذار والنقيعة * والنثر ما ينثر على رأس العروس من دراهم أو غيرها دناءة وسخف ذكرا (قوله فحصب الرسول) أى رماه بالحصى وهو صغار الحجارة والحصى حصبته أحصبته بالكسر (قوله موضع فيه دف) الدف الذى يضرب به يفتح ويضم وأما الدف فالجنب بالفتح لا غير ۞ ٧ هكذا هذه العبارة بالاصول بأيدينا ولتحرر اه مصحح

أو خمر فان قدر على ازالته لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة ولازالة المنكر وان لم يقدر على ازالته لم يحضر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر وروى نافع قال كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه فى أذنيه ثم عدل عن الطريق فلم يزل يقول يا نافع أتسمع حتى قلت لا فاخرج أصبعيه عن أذنه ثم رجع الى الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع وان حضر فى موضع فيه تماثيل فان كانت كالشجر جلس وان كانت على صورة حيوان فان كانت على بساط يداس أو مخدة يتكأ عليها جلس وان كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتانى جبريل صلى الله عليه وسلم فقال أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل وكان فى البيت كلب فمر برأس التماثيل التى كانت فى باب البيت يقطع فتصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ولان ما كان كالشجرة فهو كالكتابة والنقوش وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر فهو كالصنم وما يوطأ فليس كالصنم لانه غير معظم

﴿فصل﴾ ومن حضر الطعام فان كان مفطرا ففيه وجهان أحدهما يلزمه أن يأكل لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل والثانى لا يجب لما روى جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب فان شاء طعم وان شاء ترك وان دعى وهو صائم لم تسقط عنه الاجابة للخبر ولان القصد التكثير والتبرك بحضوره وذلك يحصل مع الصوم فان كان الصوم فرضا لم يفطر لقول النبى صلى الله عليه وسلم وان كان صائما فليصل وان كان تطوعا فالمستحب أن يفطر لانه يدخل السرور على من دعاه وان لم يفطر جاز لانه قربة فلم يلزمه تركها والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنه قال أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ رضى الله عنه فقال أفطر عندكم الصائمون وصلت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الابرار

﴿باب عشرة النساء والقسم﴾

اذا تزوج امرأة فان كانت ممن يجامع مثلها وجب تسليمها بالعقد اذا طلب ويجب عليه تسلمها اذا عرضت عليه فان طالب بها الزوج فسألت الانظار أنظرت ثلاثة أيام لانه قريب ولا تنظر أكثر منه لانه كثير وان كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم اذا طلب الزوج ولا التسلم اذا عرضت عليه لانها لا تصلح للاستمتاع وان كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بان كانت نضو الخلق أو بها مرض لا يرجى زواله وجب التسليم اذا طلب والتسلم اذا عرضت عليه لان المقصود من مثلها الاستمتاع بها فى غير الجماع

﴿فصل﴾ وان كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلا ونهارا لانه لا حق لغيرها عليها وللزوج أن يسافر بها لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه ولا يجوز لها أن تسافر بغير اذن الزوج لان الاستمتاع مستحق له فلا يجوز تفويته عليه وان كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار لانها مملوكة عقد على احدى منفعتيها فلم يجب التسليم فى غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار وقال أبو اسحق ان كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لانه يمكنها العمل فى بيت الزوج والمذهب الاول لانه قد يحتاج اليها فى خدمة غير الصنعة ويجوز للمولى بيعها لان النبى صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة

بالكسر وهو صوت النعام وقد زمر النعام يزمر بالكسر (قوله فعدل عن الطريق) أى مال عنها ولعله فعل ذلك لئلا يستضر المارة بوقوفه وانما وقف لانه يعسر عليه المشى والاجتياز مع قبض يديه والراكب أشد ضررا (قوله قرام) هو ستر فيه رقم قال لبيد

من كل محفوف يظل عصيه
زوج عليه كلة وقرامها

(قوله تماثيل) جمع تمثال وهو تفعال من المماثلة وهو المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها (قوله منبوذتان) أى مرميتان والنبذ الرمى أى غير معظمتين (قوله وان كان صائما فليصل) أى فليدع والصلاة ههنا الدعاء لارباب الطعام بالمغفرة والبركة (قوله وصلت عليكم الملائكة) أى استغفرت لكم والصلاة من الله لرحمة ومن الملائكة الاستغفار ومن الناس الدعاء

﴿ومن باب عشرة النساء والقسم﴾

القسم ههنا بفتح القاف أراد المصدر ولم يرد الاسم الذى هو بالكسر (قوله نضوة الخلق) النضو المهزول من الابل وناقة نضوة أى مهزولة لان النفس تعاف من وطء الجنب قدذ كر

رضى الله عنها فى شراء بريرة وكان لها زوج ويجوز له أن يسافر بها لانه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة

﴿فصل﴾ ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لان الوطء يقف عليه وفى غسل الجنابة قولان أحدهما له أن يجبرها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه لان النفس تعاف من وطء الجنب والثانى ليس له أن يجبرها لان الوطء لا يقف عليه وفى التنظيف والاستحداد وجهان أحدهما يملك اجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه والثانى لا يملك اجبارها عليه لان الوطء لا يقف عليه وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحته فيه وجهان أحدهما له منعها لانه يمنع كمال الاستمتاع والثانى ليس له منعها لانه لا يمنع الوطء فان كانت ذمية فله منعها من السكر لانه يمنع الاستمتاع لانها تصير كالزق المنفوخ ولانه لا يأمن أن تجنى عليه وهل له أن يمنعها من أكل لحم الخنزير وشرب القليل من الخمر فيه ثلاثة أوجه أحدها يجوز له منعها لانه يمنع كمال الاستمتاع والثانى ليس له منعها لانه لا يمنع الوطء والثالث وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه ليس له منعها من لحم الخنزير لانه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر لان السكر يمنع الاستمتاع ولا يمكن التمييز بين ما يسكر وبين ما لا يسكر مع اختلاف الطباع فمنع من الجميع

﴿فصل﴾ وللزوج منع الزوجة من الخروج الى المساجد وغيرها لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال رأيت امرأة أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله ما حق الزوج على زوجته قال حقه عليها أن لا تخرج من بيتها الا باذنه فان فعلت لعنها الله وملائكة الرحمة وملائكة الغضب حتى تتوب أو ترجع قالت يارسول الله وان كان لها ظالما قال وان كان لها ظالما ولان حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب ويكره منعها من عيادة أبيها اذا أثقل وحضور مواراته اذا مات لان منعها من ذلك يؤدى الى النفور ويغريها بالعقوق

﴿فصل﴾ ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الاذى لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل لقوله عز وجل وعاشروهن بالمعروف ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل ولقوله صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم ولا يجب عليه الاستمتاع لانه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ولان الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن ايجابه والمستحب أن لا يعطلها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم أتصوم النهار قلت نعم قال وتقوم الليل قلت نعم قال لكنى أصوم وأفطر وأصلى وأنام وأمس النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى ولانه اذا عطلها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق ولا يجمع بين امرأتين فى مسكن الا برضاهما لان ذلك ليس من العشرة بالمعروف ولانه يؤدى الى الخصومة ولا يطأ احداهما بحضرة الاخرى لانه دناءة وسوء عشرة ولا يستمتع بها الا بالمعروف فان كانت نضوة الخلق ولم تحتمل الوطء لم يجز وطؤها لما فيه من الاضرار

﴿فصل﴾ ولا يجوز وطؤها فى الدبر لما روى خزيمة بن ثابت رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من أتى امرأة فى دبرها ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الاليتين لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ويجوز وطؤها فى الفرج مدبرة لما روى جابر رضى الله عنه قال قالت اليهود اذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول فأنزل الله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم قال يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة اذا كان ذلك فى الفرج

(قوله الاستحداد) هو حلق العانة استفعال من الحديد (قوله ويغريها بالعقوق) أغراه بالشئ اذا ألزمه اياه وأصله من الالصاق بالغراء والمعاشرة هى المخالطة والمصاحبة والعشير المخالط (قوله وعاشروهن بالمعروف) وهو ما يوجبه الشرع ويقتضيه الدين ويتعارفه الناس (قوله من غير مطل) هو تأخير الحق والمغالطة به وأصله المد من مطل الحديدة اذا مدها (قوله فليس منى) أى ليس ممن يتخلق بخلقى ويعمل بعملى

(فصل) ويكره العزل لما روت جذامة بنت وهب قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوه عن العزل فقال ذلك الوأد الخفي واذا الموؤدة سئلت فان كان ذلك فى وطء أمته لم يحرم لان الاستمتاع بها حق له لاحق لها فيه وان كان فى وطء زوجته فان كانت مملوكة لم يحرم لانه يلحقه العار باسترقاق ولده منها وان كانت حرة فان كان باذنها جاز لان الحق لهما وان لم تأذن ففيه وجهان أحدهما لا يحرم لان حقها فى الاستمتاع دون الانزال والثانى يحرم لانه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه

(فصل) وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الاذى كما يجب عليه فى معاشرتها ويجب عليها بذل ما يجب له من غير مطل لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعا أحدكم امرأته الى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح

(فصل) ولا يجب عليها خدمته فى الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لان المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه

(فصل) وان كان له امرأتان أو أكثر فله أن يقسم لهن لان النبى صلى الله عليه وسلم قسم لنسائه ولا يجب عليه ذلك لان القسم لحقه فجاز له تركه واذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقى الا بقرعة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان يميل الى احداهما على الاخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط ولان البداءة باحداهما من غير قرعة تدعو الى النفور واذا قسم لواحدة بالقرعة أو بغير القرعة لزمه القضاء للبواقى لانه اذا لم يقض مال فدخل فى الوعيد

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم فى مرضه ولان القسم يراد للانس وذلك يحصل مع المرض والجب وان كان مجنونا لا يخاف منه طاف به الولى على نسائه لانه يحصل لها به الانس ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها لان القصد من القسم الايواء والانس وذلك يحصل مع هؤلاء وان كانت مجنونة لا يخاف منها قسم لها لانه يحصل لها الانس وان كان يخاف منها لم يقسم لها لانها لا تصلح للانس

(فصل) وان سافرت المرأة بغير اذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة لان القسم للانس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد منعت ذلك بالسفر وان سافرت باذنه ففيه قولان أحدهما لا يسقط لانها سافرت باذنه فاشبه اذا سافرت معه والثانى يسقط لان القسم للانس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد عدم الجميع فسقط ما تعلق به كالثمن لما وجب فى مقابلة المبيع سقط بعدمه

(فصل) وان اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين وللامة ليلة لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال من نكح حرة على أمة فللحرة ليلتان وللامة ليلة والحق فى قسم الامة لها دون المولى لانه يراد لحظها فلم يكن للمولى فيه حق فان قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الامة فان كان بعدما أوفاها حقها استأنف القسم لها لانهما تساويا بعد انقضاء القسم وان كان قبل أن يوفيها حقها أقام عندها ليلتين لانه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما وان قسم للامة ليلة ثم أعتقت فان كان بعدما أوفى الحرة حقها سوى بينهما وان كان قبل أن يوفى الحرة حقها لم يزد على ليلة لانهما تساويا فوجب التسوية بينهما

(فصل) وعماد القسم الليل لقوله عز وجل وجعلنا الليل لباسا قيل فى التفسير الايواء الى المساكن ولان النهار للمعيشة والليل للسكون ولهذا قال الله تعالى ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه فان كانت

(قوله الوأد الخفى) هو القتل والموؤدة المدفونة حية وكان ذلك فعل أهل الجاهلية والذى يعزل يكره الولد فشبه به (قوله وجعلنا الليل لباسا) أى يغطى ويستر كما يغطى اللباس ويستر

معيشته بالليل فعماد قسمه النهار لان نهاره كليل غيره والاولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ذلك أقرب الى التسوية فى ايفاء الحقوق فان قسم ليلتين أو ثلاثا جاز لانه فى حد القليل وان زاد على الثلاث لم يجز من غير رضاهن لان فيه تغريرا بحقوقهن فان فعل ذلك لزمه القضاء للبواقى لانه اذا قضى ماقسم بحق فلأن يقضى ماقسم بغير حق أولى واذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لكل امرأة يومها وليلتها غير ان سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغى بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى وفى يومى وفى سحرى ونحرى وجمع الله بين ريقى وريقه

﴿فصل﴾ والاولى أن يطوف الى نسائه فى منازلهن اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ذلك أحسن فى العشرة وأصون لهن وله أن يقيم فى موضع ويستدعى واحدة واحدة لان المرأة تابعة للزوج فى المكان ولهذا يجوز له أن ينقلها الى حيث شاء وان كان محبوسا فى موضع فان أمكن حضورها فيه لم يسقط حقها من القسم لانه يصلح للقسم فصار كالمنزل وان لم يمكن حضورها فيه سقط القسم لانه تعذر الاجتماع لعذر وان كانت له امرأتان فى بلدين فأقام فى بلد احداهما فان لم يقم معها فى منزل لم يلزمه القضاء بالمقام فى بلد الاخرى لان المقام فى البلد معها ليس بقسم وان أقام معها فى منزلها لزمه القضاء للاخرى لان القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف الحال

﴿فصل﴾ ويستحب لمن قسم أن يسوى بينهن فى الاستمتاع لانه أكمل فى العدل فان لم يفعل جاز لان الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة ولا يمكن التسوية بينهن فى ذلك ولهذا قال الله عز وجل ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم قال ابن عباس رضى الله عنه يعنى فى الحب والجماع وقالت عائشة رضى الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملكه ولا أملكه

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يخرج فى ليلتها من عندها فان مرض غيرها من النساء وخاف أن يموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لانه موضع ضرورة وعليه القضاء كما يترك الصلاة اذا أكره على تركها وعليه القضاء والاولى أن يقضيها فى الوقت الذى خرج لانه أعدل وان خرج فى آخر الليل وقضاه فى أوله جاز لأن الجميع مقصود فى القسم فان دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه أحدها يلزمه القضاء بليلة لان الجماع معظم المقصود والثانى يدخل عليها فى ليلة الموطوأة فيطؤها لأنه أقرب الى التسوية والثالث انه لا يقضيها بشئ لان الوطء غير مستحق فى القسم وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط ويجوز أن يخرج فى نهارها للمعيشة ويدخل الى غيرها ليأخذ شيأ أو يترك شيأ ولا يطيل فان أطال لزمه القضاء لأنه ترك الايواء المقصود وان دخل الى غيرها لحاجة فقبلها جاز لما روت عائشة رضى الله عنها قالت ما كان يوم أو أقل يوم الا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا جميعا ويقبل ويلمس فاذا جاء الى التى هو يومها أقام عندها ولا يجوز أن يطأها لانه معظم المقصود فلا يجوز فى قسم غيرها فان وطئها وانصرف ففيه وجهان أحدهما انه يلزمه أن يخرج فى نهار الموطوأة ويطأها لانه هو العدل والثانى لا يلزمه شئ لان الوطء غير مستحق وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط وان كان عنده امرأتان فقسم لأحدهما مدة ثم طلق الاخرى قبل أن يقضيها ثم تزوجها لزمه قضاء حقها لانه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فأعسر ثم أيسر

﴿فصل﴾ وان تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة فان كانت بكرا أقام عندها

(قوله بين سحرى ونحرى) السحر الرئة وأرادت أنه مات وهو متكئ عليها صلى الله عليه وسلم

سبعا لما روى أبو قلابة عن أنس رضى الله عنه أنه قال من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعا قال أنس ولو شئت أن أرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لرفعت وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا أو سبعا لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة رضى الله عنها وقال ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فان أقام عند البكر سبعا لم يقض للباقيات شيأ وان أقام عند الثيب ثلاثا لم يقض فان أقام سبعا ففيه وجهان أحدهما يقضى السبع لقوله صلى الله عليه وسلم ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن والثانى يقضى ما زاد على الثلاث لان الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها وان تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفى قدره وجهان قال أبو على بن أبى هريرة هى على النصف كما قلنا فى القسم الدائم وقال أبو اسحق هى كالحرة لان قسم العقد حق للزوج فلم يختلف برقها وحريتها بخلاف القسم الدائم فانه حق لها فاختلف برقها وحريتها وان تزوج رجل امرأتين وزفتا اليه فى وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم فى القسم الدائم

﴿فصل﴾ وان أراد السفر بامرأة أو امرأتين أو ثلاث أقرع بينهن فمن خرجت عليها القرعة سافر بها لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة على عائشة رضى الله عنها وحفصة رضى الله عنها فخرجتا معه جميعا ولا يجوز أن يسافر بواحدة من غير قرعة لان ذلك ميل وترك للعدل وان سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما فى القسم كما يسوى بينهما فى الحضر فان كان فى سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات لان عائشة رضى الله عنها لم تذكر القضاء ولان المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم وان كان فى سفر قصير ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه فى السفر الطويل والثانى يلزمه لانه فى حكم الحضر وان سافر ببعضهن بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمات لانه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها فى الحضر وان سافر بامرأة بقرعة الى بلد ثم عن له سفر أبعد منه لم يلزمه القضاء لانه سفر واحد وقد أقرع له وان سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم أقام معها مدة لزمه أن يقضى المدة التى أقام معها بعد انقضاء السفر لان القرعة انما تسقط القضاء فى قسم السفر وان كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين وزفتا اليه فى وقت واحد لزمه أن يقسم لهما حق العقد ولا يقدم احداهما من غير قرعة فان أراد السفر قبل أن يقسم لهما أقرع بين الجميع فان خرجت القرعة لاحدى القديمتين سافر بها فاذا قدم قضى حق العقد للجديدتين وان خرجت القرعة لاحدى الجديدتين سافر بها ويدخل حق العقد فى قسم السفر لان القصد من قسم العقد الالفة والاستمتاع وقد حصل ذلك وهل يلزمه أن يقضى للجديدة الاخرى حق العقد فيه وجهان أحدهما لا يلزمه كما لا يلزمه فى القسم الدائم والثانى يلزمه وهو قول أبى اسحق لانه سافر بها بعد ما استحقت الاخرى حق العقد فلزمه القضاء كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة

﴿فصل﴾ ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها لما روت عائشة رضى الله عنها أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضى الله عنها تبتغى بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز ذلك الا برضا الزوج لان حقه ثابت فى استمتاعها فلا تملك نقله الى غيرها من غير رضاه ويجوز من غير رضا الموهوب لها لانه زيادة فى حقها ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة فيه وجهان أحدهما تضم الى ليلتها لانه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما والثانى تقسم لها فى الليلة التى كانت للواهبة لانها قائمة مقامها فقسم لها فى ليلتها ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لان الحق بينهما فاذا تركت حقها صار للزوج

(قوله زفتا اليه) الزفاف سير العروس الى زوجها وزففت العروس أزف بالضم زفا وزفافا وأزففتها وازدففتها (قوله لبعض ضرائرها) هو جمع ضرة وسميت بذلك لمخالفتها صاحبتها والمضارة الاختلاف ومنه الحديث لا تضارون فى رؤيته أى لا تخالفون وقيل لان صاحبتها تستضر بها وتؤذيها (قوله فانهن عوان) أى أسراء والعانى الاسير وأصله الخضوع والذل قال الله تعالى وعنت الوجوه أى خضعت وذلت

ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها فان كن ثلاثا صار القسم أثلاثا بين الثلاث وان وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى لانه هبة اتصل بها القبض و يصح فى المستقبل لانها هبة لم يتصل بها القبض

﴿فصل﴾ وان كان له اماء لم يكن لهن حق فى القسم فان بات عند بعضهن لم يلزمه أن يقضى للباقيات لانه لا حق لهن فى استمتاع السيد ولهذا لا يجوز لهن مطالبته بالفيئة اذا حلف أن لا يطأهن ولا خيار لهن بجبه وتعنينه والمستحب أن لا يعطلهن لانه اذا عطلهن لم يأمن أن يفجرن وان كان عنده زوجات واماء فأقام عند الاماء لم يلزمه القضاء للزوجات لان القضاء يجب بقسيم مستحق وقسم الاماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كما لو بات عند صديق له

﴿ باب النشوز ﴾

اذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظها لقوله تعالى واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ولا يضربها لانه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج وان تكرر منها النشوز فله أن يضربها لقوله عز وجل واضربوهن وان نشزت مرة ففيه قولان أحدهما أنه يهجرها ولا يضربها لان العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز فكذلك ما يستحق بتكرر النشوز لا يستحق بنشوز مرة والثانى وهو الصحيح أنه يهجرها و يضربها لانه يجوز أن يهجرها للنشوز فجاز أن يضربها كما لو تكرر منها فأما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل و بما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها وأما الهجران فهو أن يهجرها فى الفراش لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال فى قوله عز وجل واهجروهن فى المضاجع قال لا تضاجعها فى فراشك وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام وأما الضرب فهو أن يضربها ضربا غير مبرح و يتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بكتاب الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولان القصد التأديب دون الاتلاف والتشويه

﴿فصل﴾ وان ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغيره جاز لقوله عز وجل وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا قالت عائشة رضى الله عنها أنزل الله عز وجل هذه الآية فى المرأة اذا دخلت فى السن فتجعل يومها لامرأة أخرى فان ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم الى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم فان بلغا الى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للاصلاح أو التفريق لقوله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما واختلف قوله فى الحكمين فقال فى أحد القولين هما وكيلان فلا يملكان التفريق الا باذنهما لان الطلاق الى الزوج وبذل المال الى الزوجة فلا يجوز الا باذنهما وقال فى القول الآخر هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض لقوله عز وجل فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين وروى عبيدة أن عليا رضى الله عنه بعث رجلين فقال لهما أتريان ما عليكما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما فقال الرجل أما هذا فلا فقال كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك

وعليك

أى عصيانهن وتعاليهن عما أوجب الله فكأنها ترتفع عن طاعة الزوج ولا تتواضع له (قوله تختلف باختلاف الجرائر والاجرام) الجرم الذنب وجمعه أجرام والجريمة مثله يقال جرم وأجرم واجترم بمعنى والجرائر الجنايات واحدها جريرة يقال جرّ عليه جريرة أى جناية (قوله ضربا غير مبرّح) أى غير شاق ولا مؤذ يقال برّح به الشوق أى اشتد به وجهده والبرحاء شدة الشوق قال أصحابنا الفقهاء هو ضرب غير مدمن ولا مدم والمدمن الدائم والمدمى الذى يخرج منه الدم (قوله دون الاتلاف والتشويه) هو القبح ومنه الحديث شاهت الوجوه أى قبحت يقال شاهت تشوه شوها وشوهه الله فهو مشوه وفرس شوهاء صفة محمودة فيها ويقال يراد سعة أشداقها (قوله وان خفتم شقاق بينهما) أراد بالشقاق العداوة والخلاف ومنه قوله تعالى فى عزة وشقاق أى عداوة وخلاف والشقاق بين الزوجين مخالفة كل واحد منهما صاحبه مأخوذ من الشق وهو الناحية فكأن كل واحد منهما قد صار فى ناحية وشق غير شق صاحبه والحكم ههنا هو القائم بما يسند اليه عن الهروى

وعليك فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لي وعلي ولانه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق
بينهما من غير رضاهما كما لو قذفها وتلاعنا والمستحب أن يكون حكما من أهله وحكما من أهلها للآية
ولانه روى أنه وقع بين عقيل بن أبي طالب و بين زوجته شقاق وكانت من بني أمية فبعث عثمان
رضي الله عنه حكما من أهله وهو ابن عباس رضي الله عنه وحكما من أهلها وهو معاوية رضي الله عنه
ولان الحكمين من أهلهما أعرف بالحال وان كان من غير أهلهما جاز لانهما في أحد القولين وكيلان
وفي الآخر حاكمان وفي الجميع يجوز أن يكونا من غير أهلهما ويجب أن يكونا ذكرين عدلين لانهما
في أحد القولين حاكمان وفي الآخر وكيلان الا أنه يحتاج فيه الى الرأي والنظر في الجمع والتفريق
ولا يكمل لذلك الا ذكران عدلان فان قلنا انهما حاكمان لم يجز أن يكونا الا فقيهين وان قلنا انهما
وكيلان جاز أن يكونا من العامة وان غاب الزوجان فان قلنا انهما وكيلان نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف
الوكيل مع غيبة الموكل وان قلنا انهما حاكمان لم ينفذ حكمهما لان الحكم للغائب لا يجوز وان جنا
لم ينفذ حكم الحكمين لانهما في أحد القولين وكيلان والوكالة تبطل بجنون الموكل وفي القول الآخر
حاكمان الا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون زال الشقاق

﴿كتاب الخلع﴾

اذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدي حقه جاز أن تخالعه على عوض
لقوله عز وجل فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وروى أن جميلة بنت سهل
كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأتت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت لا أنا
ولا ثابت وما أعطاني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ منها فأخذ منها فقعدت في بيتها
وان لم تكره منه شيأ وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل فان طبن لكم عن شئ منه
نفسا فكلوه هنيأ مريأ ولانه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالاقالة في البيع
وان ضربها أو منعها حقها طمعا في أن تخالعه على شئ من مالها لم يجز لقوله عز وجل ولا تعضلوهن
لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فان طلقها في هذه الحال على عوض
لم يستحق العوض لانه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع فان كان
ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لان الرجعة انما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه
فان زنت فمنعها حقها لتخالعه على شئ من مالها ففيه قولان أحدهما يجوز و يستحق فيه العوض
لقوله عز وجل الا أن يأتين بفاحشة مبينة فدل على أنها اذا أتت بفاحشة جاز عضلها لياخذ شيأ من
مالها والثاني أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض لانه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه اذا منعها
حقها لتخالعه من غير زنا فأما الآية فقد قيل انها منسوخة بآية الامساك في البيوت وهي قوله تعالى
فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ولانه روى عن قتادة أنه فسر
الفاحشة بالنشوز فعلى هذا اذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه

﴿فصل﴾ ولا يجوز للاب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روى عن عمر رضي
الله عنه أنه قال انما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولان طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية ولا يجوز أن
يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشئ من مالها لانه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فان
خالعها بشئ من مالها لم يستحق ذلك وان كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ومن أصحابنا
من قال اذا قلنا ان الذي بيده عقدة النكاح هو الولي فله أن يخالعها بالابراء من نصف مهرها وهذا خطأ
لانه انما يملك الابراء على هذا القول بعد الطلاق وهذا الابراء قبل الطلاق

﴿ومن كتاب الخلع﴾
أصل الخلع من خلع القميص عن البدن وهو نزعه عنه وازالته لانه يزيل النكاح بعد لزومه وكذا المرأة لباس للرجل وهو لباس لها قال الله تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن فاذا تخالعا فقد نزع كل واحد منهما لباسه (قوله تعالى فكلوه هنيأ مريأ) أي أكلا هنيأ بطيب الانفس ونشاط القلب يقال هناني الطعام ويهنؤني فاذا لم تذكر هناني قلت امرأني بالهمز أي انهضم وقد هنأت الطعام اهنؤه هنأ وقيل هنيأ لا اثم فيه ومريأ لا داء فيه وقيل المرئ الذي تصلح عليه الاجسام وتنمى (قوله ولا تعضلوهن) أي تضيقوا عليهن يقال عضله اذا ضيق عليه وعضل المرأة اذا منعها التزويج

﴿فصل﴾ ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشيء من مالها لانها ليست من أهل التصرف في مالها فان طلقها على شيء من مالها لم يستحق ذلك كما لا يستحق ثمن ما باع منها فان كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ويجوز للامة أن تخالع زوجها على عوض في ذمتها ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر في نكاح العبد لان العوض في الخلع كالمهر في النكاح فوجب من حيث يجب المهر

﴿فصل﴾ ويصح الخلع مع غير الزوجة وهو أن يقول رجل طلق امرأتك بألف علي وقال أبو ثور لا يصح لان بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره سفه ولذلك لا يجوز أن يقول لغيره بع عبدك من فلان بألف علي وهذا خطأ لانه قد يكون له غرض وهو ان يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم فيبذل العوض ليخلصهما طلبا للثواب كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر في يد من يسترقه بغير حق ويخالف البيع فانه تمليك يفتقر الى رضا المشتري فلم يصح بالاجنبي والطلاق اسقاط حق لا يفتقر الى رضا المرأة فصح بالمالك والاجنبي كالعتق بمال فان قال طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل في قوله الجديد وببدل مهرها في قوله القديم لانه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع الى البضع فكان فيما يرجع اليه قولان كما قلنا فيمن أصدق امرأته مالا فتلف قبل القبض

﴿فصل﴾ ويجوز الخلع في الحيض لان المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما ويجوز الخلع من غير حاكم لانه قطع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فلم يفتقر الى الحاكم كالاقالة في البيع

﴿فصل﴾ ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق فان خالعها بصريح الطلاق أو بالكناية مع النية فهو طلاق لانه لا يحتمل غير الطلاق فان خالعها بصريح الخلع نظرت فان لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال أحدها انه لا يقع به فرقة وهو قوله في الام لانه كناية في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة كما لو عريت عن العوض والثاني انه فسخ وهو قوله في القديم لانه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقا لان الطلاق لا يقع الا بصريح أو كناية مع النية والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق فوجب أن يكون فسخا والثالث انه طلاق وهو قوله في الاملاء وهو اختيار المزني لانها انما بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا فان قلنا انه فسخ صح بصريحه وصريحه الخلع والمفاداة لان المفاداة ورد بها القرآن والخلع ثبت له العرف فاذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية وهل يصح الفسخ بالكناية كالمباراة والتحريم وسائر كنايات الطلاق فيه وجهان أحدهما لا يصح لان الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصح بالكناية كالنكاح والثاني يصح لانه أحد نوعي الفرقة فانقسم لفظها الى الصريح والكناية كالطلاق فعلى هذا اذا خالعها بشيء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا واختلف أصحابنا في لفظ الفسخ فمنهم من قال هو كناية لانه لم يثبت له عرف في فرقة النكاح ومنهم من قال هو صريح لانه أبلغ في معنى الفسخ من لفظ الخلع وان خالع بصريح الخلع ونوى به الطلاق فان قلنا بقوله في الاملاء فهو طلاق لانه اذا كان طلاقا من غير نية الطلاق فمع النية أولى وان قلنا بقوله في الام فهو طلاق لانه كناية في الطلاق اقترنت به نية الطلاق وان قلنا بقوله في القديم ففيه وجهان أحدهما انه طلاق لانه يحتمل الطلاق وقد اقترنت به نية الطلاق والثاني انه فسخ لانه على هذا القول صريح في فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية في حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا في فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية في الظهار

(فصل) ويصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضة ويصح معلقا على شرط لما فيه من الطلاق فاما المنجز بلفظ المعاوضة فهو أن يوقع الفرقة بعوض وذلك مثل أن يقول طلقتك أو أنت طالق بألف وتقول المرأة قبلت كما تقول فى البيع بعتك هذا بألف ويقول المشترى قبلت أو تقول المرأة طلقنى بألف فيقول الزوج طلقتك كما يقول المشترى بعنى هذا بألف ويقول البائع بعتك ولا يحتاج أن يعيد فى الجواب ذكر الالف لان الاطلاق يرجع اليه كما يرجع فى البيع ولا يصح الجواب فى هذا الا على الفور كما تقول فى البيع ويجوز للزوج أن يرجع فى الايجاب قبل القبول وللمرأة أن ترجع فى الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز فى البيع وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو دفع مال فان كان بحرف ان بان قال ان ضمنت لى ألفا فأنت طالق لم يصح الضمان الا على الفور لانه لفظ شرط يحتمل الفور والتراخى الا انه لما ذكر العوض صار تمليكا بعوض فاقتضى الجواب على الفور كالتمليك فى المعاوضات وان قال ان أعطيتنى ألفا فأنت طالق لم تصح العطية الا على الفور بحيث يصلح أن تكون جوابا لكلامه لان العطية ههنا هى القبول ويكفى أن تحضر المال وتأذن فى قبضه أخذ أو لم يأخذ لان اسم العطية يقع عليه وان لم يأخذ ولهذا يقال أعطيت فلانا مالا فلم يأخذه وان قالت طلقنى بألف فقال أنت طالق بألف ان شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة لانه أضاف الى ما التزمت المشيئة فلم يقع الا بها ولا تصح المشيئة الا بالقول وهو أن تقول على الفور شئت لان المشيئة وان كانت بالقلب الا انها لا تعرف الا بالقول فصار تقديره أنت طالق ان قلت شئت ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ المعاوضة وان كان بحرف متى وأى وقت بان يقول متى ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى ألفا فأنت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور وعلى التراخى والفرق بينه وبين قوله ان ضمنت لى ألفا ان اللفظ هناك عام فى الزمانين ولهذا لو قال ان ضمنت لى الساعة أو ان ضمنت لى غدا جاز فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياسا على المعاوضات والعموم يجوز تخصيصه بالقياس وليس كذلك قوله متى وأى وقت لانه نص فى كل واحد من الزمانين صريح فى المنع من التعيين فى أحد الزمانين ولهذا لو قال أى وقت أعطيتنى الساعة كان محالا وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس وان رجع الزوج فى هذا قبل القبول لم يصح لان حكمه حكم الطلاق المعلق بالصفات دون المعاوضات وان كان بحرف اذا بان قال اذا ضمنت لى ألفا فأنت طالق فقد ذكر جماعة من أصحابنا ان حكمه حكم قوله ان ضمنت لى فى اقتضاء الجواب على الفور وفى جواز الرجوع فيه قبل القبول وعندى ان حكمه حكم متى وأى وقت لانه يفيد ما يفيده متى وأى وقت ولهذا اذا قال متى ألقاك جاز أن يقول اذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت وأى وقت شئت بخلاف ان فانه لو قال متى ألقاك لم يجز أن يقول ان شئت

(فصل) ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة لانه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح فان خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص انه يصح فمن أصحابنا من قال فيه قولان لانها صفقة جمعت بيعا واجارة ومنهم من قال يصح قولا واحدا لان الحاجة تدعو الى الجمع بينهما لانه اذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالع على الآخر وفى غير الخلع يمكنه أن يفرد أحدهما ثم يعقد على الآخر وان مات الولد بعد الرضاع ففى النفقة وجهان أحدهما أنها تحل لانها تأجلت لاجله وقد مات والثانى لا تحل لان الدين انما يحل بموت من عليه دون من له

(فصل) وان خالعها خلعا منجزا على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق فان كان عينا فهلكت قبل القبض أو خرج مستحقا أو على عبد فخرج حرا أو على خل فخرج خمرا رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى بدل المسمى فى قوله القديم كما قلنا فى الصداق وان خالعها على أن ترضع ولده

(قوله على التراخى) أى التوسع من غير تضييق من قولهم فلان رخى البال أى واسع الحال (قوله الطلاق البائن) مأخوذ من البين وهو الفرقة والبعد يقال بان يبين اذا فارق موضعه وزايله والرجعة مأخوذة من الرجوع الى الشئ بعد تركه مستعمل معروف وقد ذكرنا المحاباة والبضع (قوله على ان تكفل ولده) أى تربيه وتحضنه وقد ذكر أيضا (قوله منجزا) أى معجلا غير مؤجل

فانت فهو كالعين اذا هلكت قبل القبض وان مات الولد ففيه قولان أحدهما يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لانه عقد على ايقاع منفعة فى عين فاذا تلفت العين لم يقم غيرها مقامها كما لو أكراه ظهرا للركوب فهلك الظهر فعلى هذا يرجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى أجرة الرضاع فى قوله القديم والقول الثانى انه لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه لان المنفعة باقية وان مات المستوفى قام غيره مقامه كما لو اكترى ظهرا ومات فان الوارث يقوم مقامه فعلى هذا ان لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان أحدهما لا يرجع عليها لانها مكنته من الاستيفاء فاشبه اذا أجرته دارا وسلمتها اليه فلم يسكنها والثانى يرجع عليها لان المعقود عليه تحت يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيأ وتلف قبل أن يسلم فعلى هذا يرجع بمهر المثل فى قوله الجديد وباجرة الرضاع فى قوله القديم وان خالعها على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتيها بثوب آخر لتخيطه فيه وجهان بناء على القولين فى الرضاع

(فصل) ويجوز رد العوض فيه بالعيب لان اطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق فان كان العقد على عين بان طلقها على ثوب أو قال ان أعطيتنى هذا الثوب فانت طالق فاعطته ووجد به عيبا فرده رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى بدل العين سليما فى قوله القديم كما ذكرناه فى الصداق وان كان الخلع منجزا على عوض موصوف فى الذمة فاعطته ووجده معيبا فرده طالب بمثله سليما كما قلنا فيمن أسلم فى ثوب وقبضه ووجده معيبا فرده وان قال ان دفعت الى عبدا من صفته كذا وكذا فانت طالق فدفعت اليه عبدا على تلك الصفة طلقت فان وجده معيبا فرده رجع فى قوله الجديد الى مهر المثل والى بدل العبد فى قوله القديم لانه تعين بالطلاق فصار كما لو خالعها على عين فردها بالعيب ويخالف اذا كان موصوفا فى الذمة فى خلع منجز فقبضه ووجد به عيبا فرده لانه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع الى ما فى الذمة وان خالعها على عين على انها على صفة فخرجت على دون تلك الصفة ثبت له الرد كما قلنا فى البيع فاذا رده رجع الى مهر المثل فى أحد القولين والى بدل المشروط فى القول الآخر كما قلنا فيما رده بالعيب

(فصل) ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لانه عقد معاوضة فلم يجز على ما ذكرناه كالبيع والنكاح فان طلقها على شئ من ذلك وقع الطلاق لان الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لانه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير فان خالعها بشرط فاسد بأن قالت طلقنى بالف بشرط ان تطلق ضرتى فطلقها وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل لان الشرط فاسد فاذا سقط وجب اسقاط ما زيد فى البدل لاجله وهو مجهول فصار العوض فيه مجهولا فوجب مهر المثل فان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق على ألف ففيه وجهان أحدهما يصح لانه تعليق طلاق بشرط والثانى لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا ٧ اذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل

(فصل) فاذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقى من عدد الطلاق لانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية ولا يملك رجعيتها فى العدة وقال أبو ثور ان كان بلفظ الطلاق فله ان يراجعها لان الرجعة من مقتضى الطلاق فلم يسقط بالعوض كالولاء فى العتق وهذا خطأ لانه يبطل به اذا وهب بعوض فان الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض ويخالف الولاء فان باثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق وباثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع

(فصل) وان طلقها بدينار على ان له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة وقال المزنى يسقط الدينار

والرجعة

والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض وشرطت المرأة انها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة ان العوض يسقط ولا تثبت الرجعة وهذا خطأ لان الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقي طلاق مجرد فثبتت معه الرجعة فأما المسألة التي ذكرها الشافعي رحمه الله فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين ومنهم من قال لا تثبت الرجعة هناك لانه قطع الرجعة في الحال وانما شرطت ان تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعة فثبتت

﴿فصل﴾ وان وكلت المرأة في الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها الا مهر المثل لان المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد فان قدرت العوض بمائة فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان أحدهما يلزمها مهر المثل لما ذكرناه والثاني يلزمها أكثر الامرين من مهر المثل أو المائة فان كان مهر المثل أكثر وجب لان المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل وان كانت المائة أكثر وجبت لانها رضيت بها واما الوكيل فانه ان ضمن العوض في ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لانه ضمنها بالعقد وان لم يضمن بان أضاف الى مال الزوجة لم يرجع عليه بشيء فان خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل لان المسمى سقط فوجب مهر المثل فان وكل الزوج في الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل باقل من مهر المثل فقد نص فيه على قولين قال في الاملاء يقع و يرجع عليه بمهر المثل وقال في الام الزوج بالخيار بين ان يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا و بين ان يرده ويكون الطلاق رجعيا وقال فيمن وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه ان الطلاق لا يقع فمن أصحابنا من نقل القولين في الوكالة المطلقة الى الوكالة التي قدر فيها العوض والقول في الوكالة التي قدر فيها العوض الى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندي لان الوكالة المطلقة تقتضي المنع من النقصان عن مهر المثل كما تقتضي الوكالة التي قدر فيها العوض المنع من النقصان عن المقدر فيكون في المسئلتين ثلاثة أقوال أحدها انه لا يقع الطلاق لانه طلاق أوقعه على غير الزوجة المأذون فيه ٧ فلم يقع كما لو وكله في الطلاق في يوم فاوقعه في يوم آخر والثاني انه يقع الطلاق بائنا ويجب مهر المثل لان الطلاق مأذون فيه فاذا وقع لم يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد والثالث ان الطلاق يقع لانه مأذون فيه وانما قصر في البدل فثبت له الخيار بين ان يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا و بين ان يرد ويكون الطلاق رجعيا لانه لا يمكن اجبار الزوج على المسمى لانه دون المأذون فيه ولا يمكن اجبارها على مهر المثل فيما أطلق ولا على الذي نص عليه من المقدر لانها لم ترض به فخير بين الامرين ليزول الضرر عنهما ومن أصحابنا من قال فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لانه خالف نصه وفيما أطلق يقع الطلاق لانه لم يخالف نصه وانما خالفه من جهة الاجتهاد وهذا يبطل بالوكيل في البيع فانه لا فرق بين ان يقدر له الثمن فباع باقل منه وبين ان يطلق فباع بما دون ثمن المثل وان خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق لانه طلاق غير مأذون فيه ويخالف وكيل المرأة فانه لا يوقع الطلاق وانما يقبله فاذا كان العوض فاسدا سقط ورجع الى مهر المثل

﴿فصل﴾ واذا خالع امرأة في مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابى أو لم يحاب لانه لا حق للورثة في بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث فان خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت فان لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال لان الذي بذلت بقيمة ما ملكته فاشبه اذا اشترت متاعا بثمن المثل وان زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث لانه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبة فان خالعت على عبد قيمته مائة ومهر مثلها خمسون فقد حابت بنصفه فان لم يخرج

٧ (قوله غير الزوجة الخ) هكذا بالاصل ولعل صوابه على غير المأذون فيه اه مصححه

النصف من الثلث بان كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد فالزوج بالخيار بين ان يقر العقد فى العبد فيستحق نصفه و بين ان يفسخ العقد فيه و يستحق مهر المثل و يضرب به مع الغرماء لان الصفقة تبعضت عليه وان خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة ومن أصحابنا من قال هو بالخيار بين ان يقر العقد فى العبد و بين ان يفسخ العقد فيه و يستحق مهر المثل لانه تبعضت عليه الصفقة من طريق الحكم لانه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضا وقد صار نصفه عوضا ونصفه وصية والمذهب الاول لان الخيار انما يثبت بتبعيض الصفقة لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة ولا ضرر عليه ههنا لانه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار

﴿ باب جامع فى الخلع ﴾

اذا قالت المرأة للزوج طلقنى على ألف فقال خالعتك أو حرمتك أو أبنتك على ألف ونوى الطلاق صح الخلع وقال أبو على بن خيران لا يصح لانها سألت الطلاق بالصريح فاجاب بالكناية والمذهب الاول لانها استدعت الطلاق والكناية مع النية طلاق فان قالت طلقنى بالف فقال خالعتك بالف ولم ينو الطلاق وقلنا ان الخلع فسخ لم يستحق العوض لانها استدعت فرقة ينقص بها العدد ولم يجبها الى ذلك فان قالت اخلعنى فقال طلقتك وقلنا ان الخلع فسخ ففيه وجهان أحدهما لا يصح لانه لم يجب الى ماسألت فهو كالقسم قبله والثانى يصح وهو المذهب لانها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد فاجاب الى فرقة ينقص بها العدد فحصل لها ماطلبت وزيادة

﴿فصل﴾ وان قالت طلقنى ثلاثا ولك على ألف فطلقها طلقة استحق ثلث الالف لانها جعلت الالف فى مقابلة الثلاث فكان فى مقابلة كل طلقة ثلث الالف وان طلقها طلقة ونصفا ففيه وجهان أحدهما يستحق ثلثى الالف لانها طلقت طلقتين والثانى يستحق نصف الالف لانه أوقع نصف الثلاث وانما كملت بالشرع لا بفعله فان قال ان أعطيتنى ألفا فانت طالق ثلاثا فاعطته بعض الالف لم يقع شئ لان ما كان من جهته طريقه الصفات ولم توجد الصفة فلم يقع وما كان من جهتها طريقه الاعواض فقسم على عدد الطلاق وان بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقنى ثلاثا ولك على ألف فطلقها واحدة فالمنصوص انه يستحق الالف واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو اسحق المسألة مفروضة فى امرأة علمت انه لم يبق لها الا طلقة فيكون معنى قولها طلقنى ثلاثا أى كمل لى الثلاث كرجل أعطى رجلا نصف درهم فقال له أعطنى درهما أى كمل لى درهما وأما اذا ظنت ان لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الالف لانها بذلت الالف فى مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الالف ومن أصحابنا من قال يستحق الالف بكل حال لان القصد من الثلاث تحريمها الى ان تنكح زوجا غيره وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع وقال المزنى رحمه الله لا يستحق الا ثلث الالف علمت أو لم تعلم لأن التحريم يتعلق بها و بطلقتين قبلها كما اذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث واذا فقأ عين الاعور كان العمى بفقء الباقية و بالمفقوءة قبلها وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيرا فى السكر ولذهاب العين الاولى تأثيرا فى العمى ولا تأثير للاولى والثانية فى التحريم لانه لو كان لهما تأثير فى التحريم لكمل لانه لا يتبعض وان ملك عليها ثلاث تطليقات فقالت له طلقنى طلقة بالف فطلقها ثلاثا استحق الالف لانه فعل ماطلبته وزيادة فصار كما لو قال من رد عبدى فله دينار فرده مع عبدين آخرين فان قالت طلقنى عشرا بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان أحدهما يجب له عشر الالف لانها جعلت لكل طلقة عشر الالف والثانى يجب له ثلث الالف لان مازاد على الثلاث لا يتعلق به حكم وان طلقها ثلاثا فله على الوجه الاول ثلاثة أعشار الالف وعلى الوجه الثانى له جميع الالف وان بقيت له طلقة فقالت له طلقنى ثلاثا

(قوله واذا فقأ عين الاعور) يقال فقأ عينه فقأ وفقأتها تفقئة اذا بخقتها وشققتها

على ألف طلقة أحرم بها عليك وطلقتين فى نكاح آخر اذا نكحتنى فطلقها ثلاثا وقعت طلقة ولا يصح مازاد لانه سلف فى الطلاق ولانه طلاق قبل النكاح فان قلنا ان الصفقة لا تفرق سقط المسمى ووجب مهر المثل وان قلنا تفرق الصفقة ففيما يستحق قولان أحدهما ثلث الالف والثانى جميع الالف كما قلنا فى البيع

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق على ألف وطالق وطالق لم تقع الثانية والثالثة لانها بانت بالاولى وان قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف وقال أردت الاولى بالالف لم يقع ما بعدها لانها بانت بالاولى وان قال أردت الثانية بالالف فان قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الاولى رجعية و بانت بالثانية ولم تقع الثالثة وان قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت الاولى رجعية والثانية رجعية و بانت بالثالثة وان قال أردت الثالثة بالالف فقد ذكر بعض أصحابنا أنه يصح و يستحق الالف قولا واحدا لانه يحصل بالثالثة من التحريم ما لا يحصل بغيرها وعندى أنه لا يستحق الالف على القول الذى يقول انه لا يصح خلع الرجعية لان الخلع يصادف رجعية وان قال أردت الثلاث بالالف لم تقع الثانية والثالثة لان الاولى وقعت بثلث الالف و بانت بها فلم يقع ما بعدها

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا يستحق عليها شيأ لانه أوقع الطلاق من غير عوض ثم استأنف ايجاب العوض من غير طلاق فان كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجع لانه طلاق من غير عوض وان قال أنت طالق على أن عليك ألفا فقبلت صح الخلع ووجب المال لان تقديره أنت طالق على ألف فاذا قبلت وقع الطلاق ووجب المال

﴿فصل﴾ اذا قال ان دفعت الى ألف درهم فانت طالق فان نويا صنفا من الدراهم صح الخلع وحمل الالف على ما نويا لانه عوض معلوم وان لم ينويا صنفا نظرت فان كان فى موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لان اطلاق العوض يقتضى نقد البلد كما تقول فى البيع وان لم يكن فيه نقد غالب فدفعت اليه ألف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق لان الدراهم فى عرف الشرع بالوزن وان دفعت اليه ألف درهم نقرة لم تطلق لانه لا يطلق اسم الدراهم على النقرة وان دفعت اليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة و يجب ردها لان العقد وقع على عوض مجهول و يرجع بمهر المثل لانه تعذر الرجوع الى المعوض فوجب بدله وان دفعت اليه دراهم مغشوشة فان كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة وان كانت الفضة فيها دون ألف درهم لم تطلق لان الدراهم لا تطلق الا على الفضة

﴿فصل﴾ وان قال ان أعطيتنى عبدا فانت طالق فأعطته عبدا تملكه طلقت سليما كان أو معيبا قنا كان أو مدبرا لان اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لانه عقد وقع على مجهول وان دفعت اليه مكاتبا أو مغصوبا لم تطلق لانها لا تملك العقد عليه وان قال ان أعطيتنى هذا العبد فانت طالق فأعطته وهو مغصوب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معين فأعطته عبدا مغصوبا والثانى وهو المذهب أنها تطلق لانها أعطته ما عينه و يخالف اذا خالعها على عبد غير معين لان هناك أطلق العقد فحمل على ما يقتضيه العقد والعقد يقتضى دفع عبد تملكه

﴿فصل﴾ وان اختلف الزوجان فقال الزوج طلقتك على مال وأنكرت المرأة بانت باقراره ولم يلزمها المال لان الاصل عدمه وان قال طلقتك بعوض فقالت طلقتنى بعوض بعد مضى الخيار بانت باقراره والقول فى العوض قولها لان الاصل براءة ذمتها وان اختلفا فى قدر العوض أو فى عينه أو فى صفته أو فى تعجيله أو فى تأجيله تحالفا لانه عوض فى عقد معاوضة فتحالفا فيه على ماذكرناه كالبيع فاذا تحالفا

(قوله ونوى صنفا من الدراهم) أى نوعا يقال صنف وصنف بالفتح والكسر (قوله ألف درهم نقرة) أراد ههنا غير مسكوكة (قوله بينهما أمارات) أى علامات ووقت واحدتها أمارة ويقال أيضا أمارة وامار وأنشد الاصمعى للعجاج اذردها بكيدها فارتدت الى آمار وآمار مدتى

لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل كما لو اختلفا فى ثمن السلعة بعد ما تلفت فى يد المشترى وان خالعها على ألف درهم واختلفا فيما نويا فادعى أحدهما صنفا وادعى الآخر صنفا آخر تحالفا ومن أصحابنا من قال لا يصح للاختلاف فى النية لان ضمائر القلوب لا تعلم والاول هو المذهب لانه لما جاز أن تكون النية كاللفظ فى صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف ولانه قد يكون بينهما أمارات يعرف بها ما فى القلوب ولهذا يصح الاختلاف فى كنايات القذف والطلاق وان قال أحدهما خالعت على ألف درهم وقال الآخر بل خالعت على ألف مطلق تحالفا لان أحدهما يدعى الدراهم والآخر يدعى مهر المثل وان بقيت له طلقة فقالت له طلقنى ثلاثا على ألف فطلقها وقلنا انها ان علمت ما بقى استحق الالف وان لم تعلم لم تستحق الاثلث الالف وان اختلفا فقالت المرأة لم أعلم وقال الزوج بل علمت تحالفا ورجع الزوج الى مهر المثل لانه اختلاف فى عوض الطلقة وهى تقول بذلت ثلث الالف فى مقابلتها وهو يقول بذلت الالف

﴿فصل﴾ وان قال خالعتك على ألف وقالت بل خالعت غيرى بانت المرأة لاتفاقهما على الخلع والقول فى العوض قولها لانه يدعى عليها حقا والاصل عدمه وان قال خالعتك على ألف وقالت خالعتنى على ألف ضمنها عنى زيد لزمها الالف لانها أقرت به ولا شئ على زيد الا أن يقر به وان قال خالعتك على ألف فى ذمتك فقالت بل خالعتنى على ألف لى فى ذمة زيد تحالفا لان الزوج يدعى عوضا فى ذمتها وهى تدعى عوضا فى ذمة غيرها وصار كما لو ادعى أحدهما أن العوض عنده وادعى آخر أنه عند آخر

﴿ كتاب الطلاق ﴾

يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه وان قال اذا تزوجت امرأة فهى طالق لم يصح لما روى المسور بن مخرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك وأما الصبى فلا يصح طلاقه لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق فأما من لا يعقل فانه ان لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض ومن شرب دواء للتداوى فزال عقله أو أكره على شرب الخمر حتى سكر لم يقع طلاقه لانه نص فى الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين وان لم يعقل بسبب لا يعذر فيه كمن شرب الخمر لغير عذر فسكر أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله فالمنصوص فى السكران أنه يصح طلاقه وروى المزنى أنه قال فى القديم لا يصح ظهاره والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يصح وهو اختيار المزنى وأبى ثور لانه زائل العقل فأشبه النائم أو مفقود الارادة فأشبه المكره والثانى أنه يصح وهو الصحيح لما روى أبو وبرة الكلبى قال أرسلنى خالد ابن الوليد الى عمر رضى الله عنه فأتيته فى المسجد ومعه عثمان وعلى وعبد الرحمن وطلحة والزبير رضى الله عنهم فقلت ان خالدا يقول ان الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فقال عمر هم هؤلاء عندك فاسألهم فقال على عليه السلام تراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحى ومنهم من قال يصح طلاقه قولا واحدا ولعل ما رواه المزنى حكاه الشافعى رحمه الله عن غيره وفى علته ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبى العباس ان سكره لا يعلم الا منه وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه فعلى هذا يقع الطلاق فى الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل والثانى أنه يقع طلاقه تغليظا عليه لمعصيته فعلى هذا يصح ما فيه تغليظ عليه كالطلاق والعتق والردة وما يوجب الحد ولا يصح ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبات والثالث أنه لما كان سكره بمعصية

المرأة وطلقت بفتح اللام وضمها والفتح أفصح قال الاخفش لا يقال طلقت بالضم ويقال فى وجع الولادة طلقت طلقا فهى طالق بغيرهاء أى ذات طلق كما يقال حائض أى ذات حيض وقيل لانها صفة تختص بالمؤنث لا يشاركها فيه المذكر فحذفت منه العلامة وربما قالوا طالقة بالهاء قال الاعشى

أجارتنا بينى فانك طالقه
كذاك أمور الناس غاد وطارقه

(قوله بالصريح والكناية) الصريح الخالص من كل شئ ومنه اللبن الصريح والصريح الرجل الخالص النسب والكناية ان تتكلم بشئ وأنت تريد غيره قال الشاعر

وانى لاكنو عن قدور بغيرها
وأعرب أحيانا بها وأصارح

وفيه لغتان كنا يكنو ويكنى (قوله انهمكوا فى الخمر) يقال انهمك فلان فى الامر أى جد ولج وكذلك تهمك فى الامر وتحاقروا العقوبة استصغروها والحقير الصغير ومحقرات الذنوب صغارها (قوله اذا سكر هذى) يقال هذى فى منطقه يهذى ويهذو وهذا هذيانا اذا كثر كلامه وقلت فائدته واذا هذى افترى أى كذب والافتراء والفرية الكذب وأصله الخلق من فريت المزادة اذا خلقتها وصنعتها كانه اختلق الكذب أى صنعه وابتدأه

بمعصية أسقط حكمه فجعل كالصاحي فعلى هذا يصح منه الجميع وهذا هو الصحيح لان الشافعي رحمه الله نص على صحة رجعته

﴿فصل﴾ وأما المكره فانه ينظر فيه فان كان اكراهه بحق كالمولى اذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه لانه قول حمل عليه بحق فصح كالحربي اذا أكره على الاسلام وان كان بغير حق لم يصح لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم اذا أكره على كلمة الكفر ولا يصير مكرها الا بثلاثة شروط أحدها أن يكون المكره قاهرا له لا يقدر على دفعه والثاني أن يغلب على ظنه ان الذي يخافه من جهته يقع به والثالث أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوي الاقدار لانه يصير مكرها بذلك وأما الضرب القليل في حق من لا يبالي به والاستخفاف بمن لا يغض منه أو أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه أو الحبس القليل فليس باكراه وأما النفي فان كان فيه تفريق بينه وبين الاهل فهو اكراه وان لم يكن فيه تفريق بينه وبين الاهل ففيه وجهان أحدهما أنه اكراه لانه جعل النفي عقوبة كالحد ولانه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن والثاني ليس باكراه لتساوي البلاد في حقه واذا أكره على الطلاق فنوى الايقاع ففيه وجهان أحدهما لا يقع لان اللفظ يسقط حكمه بالاكراه وبقيت النية من غير لفظ فلم يقع بها الطلاق والثاني أنه يقع لانه صار بالنية مختارا

﴿فصل﴾ وان قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق كما لو تكلم بكلمة الكفر وهو لا يعرف معناه ولم يرد موجبه وان أراد موجبه بالعربية ففيه وجهان أحدهما وهو قول الماوردي البصري أنه يقع لانه قصد موجبه فلزمه حكمه والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله أنه لا يصح كما لا يصير كافرا اذا تكلم بكلمة الكفر وأراد موجبه بالعربية

﴿فصل﴾ ويملك الحر ثلاث تطليقات لما روى أبو رزين الاسدي قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أرأيت قول الله عز وجل الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فأين الثالثة قال تسريح باحسان الثالثة ويملك العبد طلقتين لما روى الشافعي رحمه الله أن مكاتبا لام سلمة طلق امرأته وهي حرة تطليقتين وأراد أن يراجعها فأمره أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يأتي عثمان رضي الله عنه فيسأله فذهب اليه فوجده آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما عن ذلك فابتدراه وقالا حرمت عليك حرمت عليك

﴿فصل﴾ ويقع الطلاق على أربعة أوجه واجب ومستحب ومحرم ومكروه فأما الواجب فهو في حالتين أحدهما اذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق وقد بيناه في النشوز والثاني اذا آلى منها ولم يفئ اليها ونذكره في الايلاء ان شاء الله تعالى وأما المستحب فهو في حالتين أحدهما اذا كان يقصر في حقها في العشرة أو في غيرها فالمستحب أن يطلقها لقوله عز وجل فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ولانه اذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يفضي الى الشقاق أو الى الفساد والثاني أن لا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها لما روى أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان امرأتي لا ترد يد لامس فقال النبي صلى الله عليه وسلم طلقها ولانه لا يأمن أن تفسد عليه الفراش وتلحق به نسبا ليس منه

﴿فصل﴾ وأما المحرم فهو طلاق البدعة وهو اثنان أحدهما طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير

(قوله حمل عليه) أي كلف وجبر ومنه قولهم ما حملك على ما صنعته الضرب المبرح الشاق المؤذي وقد ذكر (قوله الاستخفاف بمن يغض منه) يقال غض منه يغض بالضم أي وضع ونقص من قدره يقال ليس عليك في هذا الامر غضاضة أي ذلة ومنقصة (قوله ذوي الاقدار) القدر المنزلة الرفيعة والشرف (قوله بينه وبين الاهل) الاهل ههنا القرابة والاخوان الذين يسكن اليهم والاهل أيضا الزوجة يقال أهل يأهل وتأهل أهولا أي تزوج وقولهم مرحبا وأهلا أي أتيت سعة وأتيت أهلا فاستأنس ولا تستوحش (قوله أو تسريح باحسان) تسريح المرأة طلاقها وهو مأخوذ من تسريح الماشية اذا تركتها ترعى وأرسلتها ولم تحبسها وتمسكها والاسم السراح مثل التبليغ والبلاغ وفي المثل السراح من النجاح أي اذا لم تقدر على قضاء حاجة الرجل فآيسه فان ذلك بمنزلة الاسعاف فابتدراه أي استبقا الى الجواب يقال بدره أي سبقه (قوله اذا وقع الشقاق) قد ذكر أنه العداوة والاختلاف (قوله في الحديث لا ترد يد لامس) أي لا تمنع من يطلبها الجماع ولهذا كنى عنه باللمس والمس ولذلك قال له طلقها والالتماس الطلب والتلمس التطلب مرة بعد أخرى ولم يرد لمس اليد (قوله طلاق البدعة) البدعة الحدث في الشئ بعد الاكمال وابتدع الشئ أحدثه وابتدأه فهو مبتدع

(قوله الريبة بما تعتد به) الريبة والريب الشك وقد ذكر وكذا الارتياب (قوله وبها عوج) بفتح العين العوج في الخلق وبالكسر العوج
في الرأي قال الله تعالى قرآناً عربياً غير ذي عوج أي غير ذي ميل ولا انكسار وقال الجوهري يقال عوج

حمل والثاني طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل والدليل عليه ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه طلق امرأته وهي حائض فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده مرة أخرى ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده أخرى ثم يمسكها حتى تطهر من حيضها فاذا أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء ولانه اذا طلقها في الحيض أضر بها في تطويل العدة واذا طلقها في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حاملا فيندم على مفارقتها مع الولد ولانه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل أو لم تعلق فتكون عدتها بالاقراء وأما طلاق غير المدخول بها في الحيض فليس بطلاق بدعة لانه لا يوجد تطويل العدة فاما طلاقها في الحيض وهي حامل على القول الذي يقول ان الحامل تحيض فليس ببدعة وقال أبو اسحق هو بدعة لانه طلاق في الحيض والمذهب الاول لما روى سالم أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها وهي طاهر أو حامل ولان الحامل تعتد بالحمل فلا يؤثر الحيض في تطويل عدتها وأما طلاق من لا تحمل في الطهر المجامع فيه وهي الصغيرة والآيسة من الحيض فليس ببدعة لان تحريم الطلاق للندم على الولد أو للريبة بما تعتد به من الحمل والاقراء وهذا لا يوجد في حق الصغيرة والآيسة وأما طلاقها بعد ما استبان حملها فليس ببدعة لان المنع للندم على الولد وقد علم بالولد أو للارتياب بما تعتد به وقد زال ذلك بالحمل وان طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامع فيه وقع الطلاق لان ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فامره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فدل على أن الطلاق وقع والمستحب أن يراجعها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولانه بالرجعة يزول المعنى الذي لاجله حرم الطلاق وان لم يراجعها جاز لان الرجعة اما أن تكون كابتداء النكاح أو كالبقاء على النكاح ولا يجب واحد منهما

(فصل) وأما المكروه فهو الطلاق من غير سنة ولا بدعة والدليل عليه ما روى محارب بن دثار رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال انما المرأة خلقت من ضلع لن تستقيم لك على طريقة فان استمتعت بها استمتعت وبها عوج وان ذهبت تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها

(فصل) واذا أراد الطلاق فالمستحب أن يطلقها طلقة واحدة لانه يمكنه تلافيها وان أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف فان عند أبي حنيفة لا يجوز جمعها ولانه يسلم من الندم وان جمعها في طهر واحد جاز لما روي أن عويمرا العجلاني قال عند رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لاعن امرأته كذبت عليها ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولو كان جمع الثلاث محرما لانكر عليه فان جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث لما روى الشافعي رحمه الله ان ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت الا واحدة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال ركانة والله ما أردت الا واحدة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو لم يقع الثلاث اذا أرادها بهذا اللفظ لم يكن لاستحلافه معنى وروي أن رجلا قال لعثمان رضي الله عنه اني طلقت امرأتي مائة فقال ثلاث يحرمنها وسبعة وتسعون عدوان وسئل ابن عباس رضي الله عنه عن

الشيء بالكسر فهو أعوج والاسم العوج بكسر العين قال ابن السكيت فكل ما ينتصب كالحائط والعود قيل فيه عوج بالفتح والعوج بالكسر ما كان في أرض أو دين أو معاش يقال في دينه عوج وقال العزيزي عوج بالكسر في الدين وعوج في الحائط ميل وفي القناة ونحوه وقال في عين المعاني العوج بالفتح فيما له شخص وهو مصدر كالحول في معنى الصفة و بالكسر فيما لا شخص له (قوله كذبت عليها ان أمسكتها) معناه ان أمسكتها فانا كاذب فيما قذفتها به هكذا فسره أهل الفقه وأما أهل اللغة فقالوا يقال كذب عليك الامر أي اوجب اغراءه به المعنى ان الانسان اذا كذب عليه غيره صارت بينه وبينه عداوة فوجب أن يجازيه بفعله فقال له القائل كذب عليك فلان يريد أن تجازيه و يشيبه فعتقت هذه الكلمة حتى صارت كالاغراء فيكون معناه على هذا وجب على طلاقها وان لا أمسكها كأنه رضي الله عنه أغرى نفسه بذلك وجاء كذب عليكم الحج أي

وجب (قوله لا سبيل لك عليها) أي لا طريق لك الى طلاقها قد حرمت عليك باللعان (قوله البتة) رجل
قد ذكرنا أن البت القطع بتّه يبته قطعه (قوله وسبع وتسعون عدوان) أي ظلم وتجاوز للحد يقال عدا عليه عدواً وعدواً وعدواناً

رجل طلق امرأته ألفا فقال ثلاث منهن يحرمن عليه ومابقى فعليه وزره

﴿فصل﴾ ويجوز أن يفوض الطلاق الى امرأته لما روت عائشة رضي الله عنها قالت لما أمر الله تعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بدأ بي فقال اني مخبرك خبرا وما أحب أن تصنعي شيأ حتى تستأمري أبويك ثم قال ان الله تعالى قال قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الى قوله منكن أجرا عظيما فقلت أوفي هذا استأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مافعلته واذا فوض الطلاق اليها فالمنصوص ان لها أن تطلق مالم يتفرقا عن المجلس أو يحدث مايقطع ذلك وهو قول أبي العباس بن القاص وقال أبو اسحق لا تطلق الا على الفور لانه تمليك يفتقر الى القبول فكان القبول فيه على الفور كالبيع وحمل قول الشافعي رحمه الله على انه أراد مجلس الخيار لا مجلس القعود وله أن يرجع فيه قبل أن تطلق وقال أبو علي بن خيران ليس له أن يرجع لانه طلاق معلق بصفة فلم يجز الرجوع فيه كما لو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق وهذا خطأ لانه ليس بطلاق معلق بصفة وانما هو تمليك يفتقر الى القبول يصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت لان من ملك ايقاع ثلاث طلقات ملك ايقاع طلقة كالزوج وان قال لها طلقي نفسك طلقة فطلقت ثلاثا وقعت الطلقة لان من ملك ايقاع طلقة اذا أوقع الثلاث وقعت الطلقة كالزوج اذا بقيت له طلقة فطلق ثلاثا وان قال لوكيله طلق امرأتي جاز أن يطلق متى شاء لانه توكيل مطلق فلم يقتض التصرف على الفور كما لو وكله في بيع وان قال له طلق امرأتي ثلاثا فطلقها طلقة أو قال طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا ففيه وجهان أحدهما انه كالزوجة في المسئلتين والثاني لا يقع لانه فعل غير ماوكل فيه

﴿فصل﴾ وتصح اضافة الطلاق الى جزء من المرأة كالثلث والربع واليد والشعر لانه لا يتبعض وكان اضافته الى الجزء كالاضافة الى الجميع كالعفو عن القصاص وفي كيفية وقوعه وجهان أحدهما يقع على الجميع باللفظ لانه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع والثاني انه يقع على الجزء المسمى ثم يسري لان الذي سماه هو البعض ولا يجوز اضافته الى الريق والحمل لانه ليس بجزء منها وانما هو مجاورلها وان قال بياضك طالق أو سوادك طالق أو لونك طالق ففيه وجهان أحدهما يقع لانه من جملة الذات التي لا ينفصل عنها فهو كالاعضاء والثاني لا يقع لانها اعراض تحل الذات

﴿فصل﴾ ويجوز اضافة الطلاق الى الزوج بان يقول لها أنا منك طالق أو يجعل الطلاق اليها فتقول أنت طالق لانه أحد الزوجين فجاز اضافة الطلاق اليه كالزوجة واختلف أصحابنا في اضافة العتق الى المولى فمنهم من قال يصح وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لانه ازالة ملك يجوز بالصريح والكناية فجاز اضافته الى المالك كالطلاق وقال أكثر أصحابنا لا يصح والفرق بينه وبين الطلاق ان الطلاق يحل النكاح وهما مشتركان في النكاح والعتق يحل الرق والرق يختص به العبد والله أعلم

﴿باب ما يقع به الطلاق ومالا يقع﴾

لا يقع الطلاق الا بصريح أو كناية مع النية فان نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع الطلاق لان التحريم في الشرع علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق ولان ايقاع الطلاق بالنية لا يثبت الا باصل أو بالقياس على ماثبت باصل وليس ههنا أصل ولا قياس على ماثبت باصل فلم يثبت

﴿فصل﴾ والصريح ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح لان الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع فانه ورد بهما القرآن فاذا قال لامرأته أنت طالق أو طلقتك أو أنت مطلقة أو سرحتك أو أنت مسرحة أو فارقتك أو أنت مفارقة وقع الطلاق من غير نية فان خاطبها

(قوله فعليه وزره) أي اثمه والوزر الاثم وأصله الحمل الثقيل يدل عليه قوله تعالى ووضعنا عنك وزرك الذي أنقض ظهرك (قوله بفوض الطلاق الى امرأته) أي يرده اليها فوض الامر الى فلان رده ومنه وأفوض أمري الى الله (قوله تستأمري أبويك) أي تشاوريهما فتنظري ماذا يأمرانك والاستئمار المشاورة وكذا الائتمار وكذلك التآمر على التفاعل ويقال ائتمروا به اذا هموا به وتشاوروا فيه قال الله تعالى ان الملأ يأتمرون بك ليقتلوك

(قوله طلاق من وثاق) أوثقه بالوثاق اذا شده ومنه قوله تعالى فشدوا الوثاق والوثاق بالكسر لغة فيه (قوله قلته هازلا) أى مازحا
مجد والهزل ضد الجد هزل يهزل قال الكميت أرانا على حب الحياة وطولها * يجد بنا فى كل يوم ونهزل (قوله أنت بائن وخلية
وبرية وبتة وبتلة وحرة وواحدة) بائن مفارقة من البين وهو الفراق وخلية أى خالية عن الزوج فارغة منه وبرية

بأحد هذه الالفاظ ثم قال أردت غيرها فسبق لسانى اليها لم يقبل لانه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل مايدعيه وان قال أنت طالق وقال أردت طلاقا من وثاق أو قال سرحتك وقال أردت تسريحا من اليد أو قال فارقتك وقال أردت فراقا بالجسم لم يقبل فى الحكم لانه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ فى العرف ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل مايدعيه فان علمت المرأة صدقه فيما دين فيه الزوج جاز لها أن تقيم معه وان رآهما الحاكم على الاجتماع ففيه وجهان أحدهما يفرق بينهما بحكم الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم احكم بالظاهر والله عزوجل يتولى السرائر والثانى لا يفرق بينهما لانهما على اجتماع يجوز اباحته فى الشرع وان قال أنت طالق من وثاق أو سرحتك من اليد أو فارقتك بجسمى لم تطلق لانه اتصل بالكلام مايصرف اللفظ عن حقيقته ولهذا اذا قال لعلان على عشرة الا خمسة لم يلزمه عشرة واذا قال لا اله الا الله لم يجعل كافرا بابتداء كلامه وان قال أنت طالق ثم قال قلته هازلا وقع الطلاق ولم يدين لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة

﴿فصل﴾ قال فى الاملاء لو قال له رجل طلقت امرأتك فقال نعم طلقت عليه فى الحال لان الجواب يرجع الى السؤال فيصير كالو قال طلقت ولهذا لو كان هذا جوابا عن دعوى لكان صريحا فى الاقرار وان قال أردت به فى نكاح قبله فان كان لما قاله أصل قبل منه لان اللفظ يحتمله وان لم يكن له أصل لم يقبل لانه يسقط حكم اللفظ وان قال له أطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال أردت انى كنت علقت طلاقها بصفة قبل منه لانه يحتمله اللفظ وان قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك لم تطلق لان قوله أنت طالق لولا أبوك ليس بايقاع طلاق وانما هو يمين بالطلاق وانه لولا أبوها طلقها فتصير كما لو قال والله لولا أبوك لطلقتك

﴿فصل﴾ وأما الكناية فهى كثيرة وهى الالفاظ التى تشبه الطلاق وتدل على الفراق وذلك مثل قوله أنت بائن وخلية وبرية وبتة وبتلة وحرة وواحدة وبينى وابعدى واغربى واذهبى واستفلحى والحقى باهلك وحبلك على غاربك واستبرى وتقنعى واعتدى وتزوجى وذوقى وتجرعى وما أشبه ذلك فان خاطبها بشئ من ذلك ونوى به الطلاق وقع وان لم ينو لم يقع لانه يحتمل الطلاق وغيره فاذا نوى به الطلاق صار طلاقا واذا لم ينو به الطلاق لم يصر طلاقا كالامساك عن الطعام والشراب لما احتمل الصوم وغيره اذا نوى به الصوم صار صوما واذا لم ينو به الصوم لم يصر صوما وان قال أأمنك طالق أو جعل الطلاق اليها فقالت طلقتك أو أنت طالق فهو كناية يقع به الطلاق مع النية ولا يقع من غير نية لان استعمال هذا اللفظ فى الزوج غير متعارف وانما يقع به الطلاق مع النية من جهة المعنى فلم يقع به من غير نية كسائر الكنايات وان قال له رجل ألك زوجة فقال لا فان لم ينو به الطلاق لم تطلق لانه ليس بصريح وان نوى به الطلاق وقع لانه يحتمل الطلاق

﴿فصل﴾ واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه النية فى الكنايات فنهم من قال اذا قارنت النية بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن فى الصلاة اذ قارنت النية جزأ منها صحت الصلاة ومنهم من قال لا تصح حتى تقارن النية جميعها وهو أن ينوى ويطلق عقيبها وهو ظاهر النص لان بعض

أى برية عما يجب من حق الزوج وطاعته وبتة وبتلة معناهما كلاهما القطع وفى الحديث نهى عن التبتل أى الانقطاع عن النكاح ومنه سميت البتول وهى المنقطعة عن الازواج وقوله تعالى وتبتل اليه تبتيلا انقطع انقطاعا قال ثعلب سميت فاطمة البتول لانقطاعها عن نساء زمانها دينا وفضلا وحسبا (قوله حرة) أى لا ملك للزوج فى بضعك كالاملك فى رقبة الحرة أنت واحدة أى أنت فردة عن الزوج وقيل معناه أنت ذات طلقة واحدة (قوله بينى واغربى) معناهما واحد وهو البعد والبين الفراق اغربى ابعدى يقال نوى غربة أى بعيدة (قوله استفلحى) الفلاح الفوز والنجاة أى فوزى بامرك وقد نجوت منى فاستبدى برأيك وقيل مأخوذ من الفلح وهو القطع أى استبدى به واقطعيه اليك من غيران تنازعيه (قوله حبلك على غاربك) معناه امضى حيث شئت يعبر به عما لا قائد لها فانها تذهب اذ لا

عمسك لها وأصله ان البعير اذا أطلق ترك حبله على غاربه والغارب ما بين السنام والعنق (قوله وتقنعى) اللفظ
أى غطى رأسك أظن معناه استترى منى ولا يحل لى نظرك وتجرعى يقال جرعه غصص الغيظ اذا اذاقه الشدة مما يكره (قوله اذا قارنت النية اللفظ) يقال قرنت الشئ بالشئ اذا وصلته به وأصله من قرن البعير بن اذا جمع بينهما فى حبل واحد والمطلق يجمع بين النية واللفظ

اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه فأما الصلاة فلا تصح حتى تقارن النية جميعها بان ينوي الصلاة ويكبر عقيبها ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته

﴿فصل﴾ وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الالفاظ كقوله تعالى واقعدي واقربي واطعمي واسقيني وما أحسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فانه لا يقع به الطلاق وان نوى لان اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو أوقعنا الطلاق لاوقعناه بمجرد النية وقد بينا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية

﴿فصل﴾ واختلف أصحابنا في قوله أنت الطلاق فمنهم من قال هو كناية فان نوى به الطلاق فهو طلاق لانه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى أرأيتم ان أصبح ماؤكم غورا أراد غائرا وان لم ينو لم يقع لان قوله أنت الطلاق لا يقتضي وقوع الطلاق ومنهم من قال هو صريح ويقع به الطلاق من غير نية لان لفظ الطلاق يستعمل في معنى طالق والدليل عليه قول الشاعر

أنوهت باسمي في العالمين * وأفنيت عمري عاما فعاما
فانت الطلاق وأنت الطلاق * وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقال آخر

فان ترفقي ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقي ياهند فالخرق آلم
فانت الطلاق والطلاق عزيمة * ثلاثا ومن يخرق أعق وأظلم
فبيني بها ان كنت غير رفيقة * فما لامرئ بعد الثلاثة مقدم

﴿فصل﴾ واختلفوا فيمن قال لامرأته كلي واشربي ونوى الطلاق فمنهم من قال لا يقع وهو قول أبي اسحق لانه لا يدل على الطلاق فلم يقع به الطلاق كما لو قال اطعميني واسقيني ومنهم من قال يقع وهو الصحيح لانه يحتمل معنى الطلاق وهو أن يريد كلي ألم الفراق واشربي كأس الفراق فوقع به الطلاق مع النية كقوله ذوقي وتجرعي

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته اختاري أو أمرك بيدك فقالت اخترت لم يقع الطلاق حتى ينويا لانه كناية لانها تحتمل الطلاق وغيره فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق وان قال اختاري ونوى اختيار الطلاق أو قال أمرك بيدك ونوى تمليك أمر الطلاق فقالت اخترت الزوج لم يقع الطلاق لما روت عائشة رضي الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يجعل ذلك طلاقا ولان اختيار الزوج اختيار النكاح لا يحتمل غيره فلم يقع به الطلاق فان قالت اخترت نفسي لم يقع الطلاق حتى تنوي الطلاق لانه يحتمل أن يكون معناه اخترت نفسي للنكاح ويحتمل اخترت نفسي للطلاق ولهذا لو صرحت به جاز فلم يقع به الطلاق من غير نية وان قالت اخترت الازواج ونوت الطلاق ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق انه لا يقع لان الزوج من الازواج والثاني يقع وهو الاظهر عندي لانها لا تحل للازواج الا بمفارقته كما لو قال لها الزوج تزوجي ونوى به الطلاق وان قالت اخترت أبوي ونوت الطلاق ففيه وجهان أحدهما لا يقع الطلاق لان اختيار الابوين لا يقتضي فراق الزوج والثاني انه يقع لانه يتضمن العود اليهما بالطلاق فصار كقوله الحقي باهلك وان قال لها أمرك بيدك ونوى به ايقاع الطلاق ففيه وجهان أحدهما لا يقع الطلاق لانه صريح في تمليك الطلاق وتعليقه على قبولها فلم يجز صرفه الى الايقاع والثاني انه يقع لان اللفظ يحتمل الايقاع فهو كقوله حبلك على غاربك

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته أنت علي حرام ونوى به الطلاق فهو طلاق لانه يحتمل التحريم بالطلاق وان نوى به الظهار فهو ظهار لانه يحتمل التحريم بالظهار ولا يكون ظهارا ولا طلاقا من غير نية لانه ليس بصريح في واحد منهما وان نوى تحريم عينها لم تحرم لما روى سعيد بن جبير قال جاء رجل الى ابن عباس رضي الله عنه فقال اني جعلت امرأتي علي حراما قال كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا يا أيها

(قوله انوهت) باسمي يقال نوهت باسمه اذا رفعت ذكره ونوهته تنويها اذا رفعته (قوله أيمن) هو افعل من اليمن وهو ضد الشؤم (قوله فان ترفقي وان تخرقي) هما ضدان والرفق ان تأخذ الشئ بلطف واناة ولين جانب والخرق تأخذه بعنف وشدة يقال رجل أخرق وامرأة خرقاء

النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم الى آخر الآية ويجب عليه بذلك كفارة يمين لان النبي صلى الله عليه وسلم حرم مارية القبطية أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزل الله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم والله مولاكم فوجبت الكفارة في الامة بالآية وقسنا الحرة عليها لانها في معناها في تحليل البضع وتحريمه وان قال أنت علي حرام ولم ينو شيأ ففيه قولان أحدهما يجب عليه الكفارة فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحا في ايجاب الكفارة لان كل كفارة وجبت بالكناية مع النية كان لوجوبها صريح ككفارة الظهار والثاني لا يجب فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحا في شئ لان ما كان كناية في جنس لا يكون صريحا في ذلك الجنس ككنايات الطلاق وان قال لامته أنت علي حرام فان نوى به العتق كان عتقا لانه يحتمل انه أراد تحريمها بالعتق وان نوى الظهار لم يكن ظهارا لان الظهار لا يصح من الامة وان نوى تحريم عينها لم تحرم ووجب عليه كفارة يمين لما ذكرناه وان لم يكن له نية ففيه طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه الكفارة قولا واحدا للعموم الآية ومنهم من قال فيه قولان كالقولين في الزوجة لما ذكرناه وان كان له نسوة أو اماء فقال أنتن علي حرام ففي الكفارة قولان أحدهما يجب لكل واحدة كفارة والثاني يجب كفارة واحدة كالقولين فيمن ظاهر من نسوة وان قال لامرأته أنت علي كالميتة والدم فان نوى به الطلاق فهو طلاق وان نوى به الظهار فهو ظهار وان نوى به تحريمها لم تحرم وعليه كفارة يمين لما ذكرناه في لفظ التحريم وان لم ينو شيأ فان قلنا ان لفظ التحريم صريح في ايجاب الكفارة لزمته الكفارة لأن ذلك كناية عنه وان قلنا انه كناية لم يلزمه شئ لان الكناية لا يكون لها كناية

﴿فصل﴾ اذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق لان الكتابة تحتمل ايقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط فلم يقع الطلاق بمجردها وان نوى بها الطلاق ففيه قولان قال في الاملاء لا يقع به الطلاق لانه فعل ممن يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالاشارة وقال في الأم هو طلاق وهو الصحيح لانها حروف يفهم منها الطلاق فجاز ان يقع بها الطلاق كالنطق فاذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب فيه وجهان أحدهما انه لا يقع بها الا في حق الغائب لانه جعل في العرف لافهام الغائب كما جعلت الاشارة لافهام الاخرس ثم لا يقع الطلاق بالاشارة الا في حق الاخرس وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة الا في حق الغائب والثاني انه يقع بها من الجميع لانها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات

﴿فصل﴾ فان أشار الى الطلاق فان كان لا يقدر على الكلام كالاخرس صح طلاقه بالاشارة وتكون اشارته صريحا لانه لا طريق له الى الطلاق الا بالاشارة وحاجته الى الطلاق كحاجة غيره فقامت الاشارة مقام العبارة وان كان قادرا على الكلام لم يصح طلاقه بالاشارة لان الاشارة الى الطلاق ليست بطلاق وانما اقامت مقام العبارة في حق الاخرس لموضع الضرورة ولا ضرورة ههنا فلم تقم مقام العبارة

﴿باب عدد الطلاق والاستثناء فيه﴾

اذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله أنت طالق أو بائن أو بتة أو ما أشبهها ونوى طلقتين أو ثلاثا وقع لما روى ان ركانة بن عبد يزيد قال يا رسول الله اني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت الا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال ركانة والله ما أردت الا واحدة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه فدل على انه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع ولان اللفظ يحتمل العدد بدليل انه يجوز أن يفسره به وهو ان يقول أنت طالق طلقتين أو ثلاثا أو بائن بطلقتين وثلاث

(قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) هي تفعلة تحللة من الحلال فادغمت أي يحل بها ما كان حرم (قوله امتحان الخط) اختباره يقال محنته وامتحنته والاسم المحنة (قوله غاير بين الالفاظ) أي خالف بينها فجعل الثاني غير الاول تغايرت الاشياء اختلفت (قوله الاستثناء) والمثنوية والثنية كله مأخوذ من الثني وهو الرد والكف كذا ذكره الهروى وقيل أصله من قولك ثنيت وجه فلان اذا عطفته وصرفته وثنى فلان وجوه الخيل اذا كفها وردها وقوله تعالى يثنون صدورهم معناه يسرون عداوة النبي عليه السلام ويردونها عما أظهروا من الاسلام

وما احتمله اللفظ اذا نواه وقع به الطلاق كالكناية وان قال أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثا ففيه وجهان أحدهما يقع لانه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين والثاني لا يقع مازاد على واحدة لانه صريح في واحدة ولا يحتمل مازاد فلو أوقعنا مازاد لكان ايقاع طلاق بالنية من غير لفظ وذلك لا يجوز وان قال لها اختارى وقالت المرأة اخترت فان اتفقا على عدد ونوياه وقع مانوياه وان اختلفا فنوى أحدهما طلقة ونوى الآخر مازاد لم يقع مازاد على طلقة لأن الطلاق يفتقر الى تمليك الزوج وايقاع المرأة واذا نوى أحدهما طلقة ونوى الآخر مازاد لم يقع لانه لم يوجد الاذن والايقاع الا في طلقة فلم يقع مازاد

﴿فصل﴾ وان قال أنت وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث لم يقع شئ لان قوله أنت ليس من ألفاظ الطلاق فلو أوقعنا الطلاق لكان بالنية من غير لفظ وان قال أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع وقع الثلاث لان الاشارة بالاصابع مع قوله هكذا بمنزلة النية في بيان العدد وان قال أردت بعدد الاصبعين المقبوضتين قبل لانه يحتمل مايدعيه وان قال أنت طالق وأشار بالاصابع ولم يقل هكذا أو قال أردت واحدة ولم أرد العدد قبل لانه يحتمل مايدعيه

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق واحدة في اثنتين نظرت فان نوى طلقة واحدة مع اثنتين وقعت ثلاث لان في تستعمل بمعنى مع والدليل عليه قوله عز وجل فادخلي في عبادي وادخلي جنتي والمراد مع عبادي فان لم يكن له نية نظرت فان لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه في الحساب طلقت طلقة واحدة بقوله أنت طالق ولا يقع بقوله في اثنتين شئ لانه لا يعرف مقتضاه فلم يلزمه حكمه كالاعجمي اذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه وان نوى مقتضاه في الحساب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي بكر الصيرفي انه يقع طلقتان لانه أراد موجبه في الحساب وموجبه في الحساب طلقتان والثاني وهو المذهب انه لا يقع الا طلقة واحدة لانه اذا لم يعلم مقتضاه لم يلزمه حكمه كالاعجمي اذا طلق بالعربية وهو لا يعلم وقال أردت مقتضاه في العربية فان كان عالما بالحساب نظرت فان نوى موجبه في الحساب طلقت طلقتين لان موجبه في الحساب طلقتان وان قال أردت واحدة في اثنتين باقيتين طلقت واحدة لانه يحتمل مايدعيه كقوله له عندي ثوب في منديل وأراد في منديل لي وان لم يكن له نية فالمنصوص انها تطلق طلقة لأن هذا اللفظ غير متعارف عند الناس ويحتمل طلقة في طلقتين واقعتين ويحتمل طلقة في طلقتين باقيتين فلا يجوز ان يوقع بالشك وقال أبو اسحق يحتمل ان تطلق طلقتين لانه عالم بالحساب ويعلم ان الواحدة في اثنتين طلقتان في الحساب

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق طلقة بل طلقتان ففيه وجهان أحدهما يقع طلقتان كما اذا قال له على درهم بل درهمان لزمه درهمان والثاني يقع الثلاث والفرق بينه وبين الاقرار ان الاقرار اخبار يحتمل التكرار فجاز ان يدخل الدرهم في الخبرين والطلاق ايقاع فلا يجوز ان يوقع الطلاق الواحد مرتين فحمل على طلاق مستأنف ولهذا لو أقر بدرهم في يوم ثم أقر بدرهم في يوم آخر لم يلزمه الا درهم ولو طلقها في يوم ثم طلقها في يوم آخر كانتا طلقتين

﴿فصل﴾ وان قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث لأن الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع كما لو قال ذلك للمدخول بها وان قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولم يكن له نية وقعت الاولى دون الثانية والثالثة وحكى عن الشافعي رحمه الله في القديم انه قال يقع الثلاث فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا واحدا وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لان الكلام اذا لم ينقطع ارتبط بعضه ببعض فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا وقال أكثر أصحابنا لا يقع أكثر من طلقة وما حكى عن القديم انما هو حكاية عن مالك

(قوله صادف الزوجية) أى وجدها يقال صادفت فلانا اى وجدته وصدف عن أعرض

رحمه الله ليس بمذهب له لانه تقدمت الاولى فبانت بها فلم يقع ما بعدها

﴿فصل﴾ وان قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نظرت فان كان أراد به التأكيد لم يقع أكثر من طلقة لأن التكرار يحتمل التأكيد وان أراد الاستئناف وقع بكل لفظة طلقة لانه يحتمل الاستئناف وان أراد بالثانى التأكيد وبالثالث الاستئناف وقع طلقتان وان لم يكن له نية ففيه قولان قال فى الاملاء يقع طلقة لانه يحتمل التكرار والاستئناف فلا يقع مازاد على طلقة بالشك وقال فى الام يقع الثلاث لان اللفظ الثانى والثالث كاللفظ الاول فاذا وقع بالاول طلاق وجب ان يقع بالثانى والثالث مثله وأما اذا غاير بينها فى الحروف بان قال أنت طالق وطالق ثم طالق ولم يكن له نية وقع بكل لفظة طلقة لان المغايرة بينها باللفظ تسقط حكم التأكيد فان ادعى انه أراد التأكيد لم يقبل فى الحكم لانه يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل ما يدعيه وان قال أنت طالق وطالق وطالق وقع بالاول طلقة وبالثانى طلقة لتغاير اللفظين ويرجع فى الثالث اليه لانه لم يغاير بينه وبين الثانى فهو كقوله أنت طالق أنت طالق وان غاير بين الالفاظ ولم يغاير بالحروف بان قال أنت طالق أنت مسرحة أنت مفارقة ففيه وجهان أحدهما ان حكمه حكم المغايرة فى الحروف لانه اذا تغير الحكم بالمغايرة بالحروف فلأن يتغير بالمغايرة فى لفظ الطلاق أولى والثانى ان حكمه حكم اللفظ الواحد لان الحروف هى العاملة فى اللفظ وبها يعرف الاستئناف ولم توجد المغايرة فى الحروف

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة لان ما لا يتبعض من الطلاق كان تسمية بعضه كتسمية جميعه كما لو قال بعضك طالق وان قال أنت طالق نصفى طلقة وقعت طلقة لان نصفى طلقة هى طلقة وان قال أنت طالق ثلاثة انصاف طلقة ففيه وجهان أحدهما انه يقع طلقتان لان ثلاثة انصاف طلقة طلقة ونصف فيكمل النصف فصار طلقتين والثانى تطلق طلقة لانه أضاف الانصاف الثلاثة الى طلقة وليس للطلقة الا نصفان فالغى النصف الثالث وان قال أنت طالق نصفى طلقتين وقعت طلقتان لانه يقع من كل طلقة نصفها ثم يسرى فيصير طلقتين وان قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان أحدهما تقع طلقة واحدة لان نصف الطلقتين طلقة والثانى أنه تقع طلقتان لانه يقتضى النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل النصفان فيصير الجميع طلقتين وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت واحدة لانها اجزاء الطلقة وان قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة وقع ثلاث طلقات لان بدخول حروف العطف وقع بكل جزء طلقة وسرى الى الباقى وان قال أنت نصف طالق طلقت كما لو قال نصفك طالق وان قال أنت نصف طلقة ففيه وجهان أحدهما أنه كناية فلا يقع به طلاق من غير نية والثانى أنه صريح فتقع به طلقة بناء على الوجهين فيمن قال لامرأته أنت الطلاق

﴿فصل﴾ وان كان له أربع نسوة فقال أوقعت عليكن أو بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة لانه يخص كل واحدة منهن ربع طلقة وتكمل بالسراية وان قال أوقعت عليكن أو بينكن طلقتين أو ثلاثا أو أربعا وقع على كل واحدة طلقة لانه اذا قسم بينهن لم يزد نصيب كل واحدة منهن على طلقة وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الطلقتين وقع على كل واحدة طلقتان وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطلقات وقع على كل واحدة ثلاث طلقات لانه مقر على نفسه بما فيه تغليظ واللفظ محتمل له وان قال أوقعت عليكن خمسا وقع على كل واحدة طلقتان لانه يصيب كل واحدة طلقة وربع وكذلك ان قال أوقعت عليكن ستا أو سبعا أو ثمانيا وان قال أوقعت عليكن تسعا طلقت كل واحدة ثلاثا وان قال أوقعت بينكن نصف

طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة طلقت. كل واحدة ثلاثا لانه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن ثم يكمل

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق ملء الدنيا أو أنت طالق أطول الطلاق أو أعرضه وقعت طلقة لان شيأ من ذلك لا يقتضي العدد وقد تتصف الطلقة الواحدة بذلك كله

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقة لانه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ عليه لتعجلها أو لحبه لها أو لحبها له فلم يقع ما زاد بالشك وان قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره وقع الثلاث لانه كل الطلاق وأكثره

﴿فصل﴾ وان قال للمدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة طلقت طلقتين لان الجميع يصادف الزوجية وان قال أردت بعدها طلقة أوقعها لم يقبل في الحكم لان الظاهر أنه طلاق ناجز ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل ما يدعيه وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقعت طلقتان وفي كيفية وقوع ما قبلها وجهان قال أبو علي بن أبي هريرة يقع مع التي أوقعها لان ايقاعها فيما قبلها ايقاع طلاق في زمان ماض فلم يعتبر كما لو قال أنت طالق أمس وقال أبو اسحق يقع قبلها اعتبارا بموجب لفظه كما لو قال أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات بعد شهر ويخالف قوله أنت طالق أمس لانا لو أوقعناه في أمس تقدم الوقوع على الايقاع وههنا يقع الطلاق ان بعد الايقاع وان قال أردت بقولي قبلها طلقة في نكاح قبله فان كان لما قاله أصل قبل منه لانه يحتمل ما يدعيه وان لم يكن له أصل لم يقبل منه لانه لا يحتمل ما يدعيه

﴿فصل﴾ وان قال لها أنت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثا على ما ذكرناه وان قال لها أنت طالق طلقة قبلها وبعدها طلقة طلقت ثلاثا لانه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع قبلها نصف طلقة وبعدها نصف طلقة ثم يكمل النصفان فيصير الجميع ثلاثا

﴿فصل﴾ وان قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة لم تقع الثانية لانها بانت بالاولى فلم تقع الثانية وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان أحدهما لا تطلق لان وقوع طلقة عليها يوجب وقوع طلقة قبلها ووقوع ما قبلها يمنع وقوعها فتمانعا بالدور وسقطا والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انها تطلق طلقة ليس قبلها شيء لان وقوع ما قبلها يوجب اسقاطها واسقاط ما قبلها فوجب اثباتها واسقاط ما قبلها وان قال أنت طالق طلقة معها طلقة ففيه وجهان أحدهما انها تطلق واحدة وهو قول المزني لانه أفردها فجاز كما لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة والوجه الثاني أنها تطلق طلقتين لانهما يجتمعان في الوقوع فلا تتقدم احداهما على الاخرى فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين وان قال أنت طالق طلقتين ونصفا طلقت طلقتين لانه جمع بين الطلقتين في الايقاع فبانت بهما ثم أوقع النصف بعد ما بانت فلم يقع

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لا تقع عليك طلقت لانه أوقع الطلاق ثم أراد رفعه والطلاق اذا وقع لم يرتفع وان قال أنت طالق أو لا لم تطلق لانه ليس بايقاع

﴿فصل﴾ ويصح الاستثناء في الطلاق لانه لغة العرب ونزل به القرآن وحروفه الا وغير وسوى وخلا وعدا وحاشى فاذا قال أنت طالق ثلاثا الا طلقة وقعت طلقتان وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وقعت طلقة وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا طلقت ثلاثا لان الاستثناء يرفع المستثنى منه فيسقط ويبقى الثلاث وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وطلقة ففيه وجهان أحدهما يقع الثلاث لانه استثنى ثلاثا من ثلاث والثاني تقع طلقة لان الاستثناء الثاني هو الباطل فسقط وبقي الاستثناء الاول وان قال أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقة طلقت ثلاثا لانه يبقى طلقتان ونصف ثم يسري النصف الى الباقي فيصير ثلاثا وان قال أنت طالق

ثلاثاالاطلقة وطلقة وقعت طلقة لان المعطوف على الاستثناء مضموم الى الاستثناء ولهذا اذاقال له على مائة الاخمسة وعشرين ضمت الخمسة الى العشرين فى الاستثناء ولزمه مابقى وان قال أنت طالق طلقة وطلقة الاطلقة ففيه وجهان أحدهما تطلق طلقة لان الواو فى الاسمين المنفردين كالتثنية فيصير كمالوقال أنت طالق طلقتين الاطلقة والثانى وهو المنصوص انها تطلق طلقتين لان الاستثناء يرجع الى مايليه وهو طلقة واستثناء طلقة من طلقة باطل فسقط و بقى طلقتان وان قدم الاستثناء على المستثنى منه بان قال أنت الاواحدة طالق ثلاثافقد قال بعض أصحابنا انه لايصح الاستثناء فيقع الثلاث لان الاستثناء جعل لاستدراك ماتقدم من كلامه ويحتمل عندى أنه يصح الاستثناء فيقع طلقتان لان التقديم والتأخير فى ذلك لغة العرب قال الفرزدق يمدح هشام بن ابراهيم بن المغيرة خال هشام ابن عبد الملك

وما مثله فى الناس الا مملكا * أبو أمه حى أبوه يقاربه

تقديره وما مثله فى الناس حى يقاربه الا مملكا أبو أمه أبو الممدوح

(فصل) و يصح الاستثناء من الاستثناء لقوله عز وجل انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته فاستثنى آل لوط من المجرمين واستثنى من آل لوط امرأته واذاقال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين الا طلقة طلقت طلقتين لان تقديره أنت طالق ثلاثا الا طلقتين فلا يقعان الا طلقة فتقع وان قال أنت طالق خمسا الا ثلاثا ففيه وجهان أحدهما انها تطلق ثلاثا لانه لايقع من الجنس الا ثلاث فصار كمالوقال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا والثانى أنها تطلق طلقتين لانه لما وصل بالاستثناء علم أنه قصد الحساب وان قال أنت طالق خمسا الا اثنتين طلقت على الوجه الاول طلقة وعلى الوجه الثانى تطلق ثلاثا وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين ففيه ثلاثة أوجه أحدها يقع الثلاث لان الاستثناء الاول يرفع المستثنى منه فيبطل والاستثناء الثانى فرع عليه فسقط و بقى الثلاث والثانى تطلق طلقتين لانه لما وصله بالاستثناء صار كانه أثبت ثلاثا ونفى ثلاثا ثم أثبت اثنتين والثالث تقع طلقة لان الاستثناء الاول لايصح فسقط و بقى الاستثناء الثانى فيصير كمالوقال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين

(قوله الا مملكا) المملك الملك يقال ملكه المال والملك فهو مملك

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة وقال أبوها شئت واحدة لم تطلق لان الاستثناء من الاثبات نفى فيصير تقديره أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة فلا يقع طلاق

(فصل) وان قال امرأتى طالق أوعبدى حر أولله على كذا أو والله لافعلن كذا ان شاء الله أو بمشيئة الله أومالم يشأ الله لم يصح شئ من ذلك لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين ثم قال ان شاء الله كان له ثنيا وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث ولانه علق هذه الاشياء على مشيئة الله تعالى ومشيئته لاتعلم فلم يلزم بالشك شئ وان قال أنت طالق الا ان يشاء الله ففيه وجهان أحدهما لا تطلق لانه مقيد بمشيئة الله تعالى فاشبه اذاقال أنت طالق ان شاء الله والثانى وهو المذهب انها تطلق لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة الله تعالى ومشيئة الله لاتعلم فسقط حكم رفعه وبقى حكم ثبوته ويخالف اذاقال أنت طالق ان شاء الله فانه علق الوقوع على مشيئة الله تعالى

(فصل) ولايصح الاستثناء فى جميع ماذكرناه الا أن يكون متصلا بالكلام فان انفصل عن الكلام من غير عذر لم يصح لان العرف فى الاستثناء أن يتصل بالكلام فان انفصل لضيق النفس صح الاستثناء لانه كالمتصل فى العرف ولايصح الا أن يقصد اليه فامااذا كانت عادته فى كلامه أن يقول

ان

ان شاءالله فقال ان شاءالله على عادته لم يكن استثناء لانه لم يقصده واختلف أصحابنا فى وقت نية الاستثناء فنهم من قال لا يصح الا أن يكون ينوى ذلك من ابتداء الكلام ومنهم من قال اذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز

﴿فصل﴾ اذا قال يازانية أنت طالق ان شاءالله أو أنت طالق يازانية ان شاءالله رجع الاستثناء الى الطلاق ولا يرجع الى قوله يازانية لان الطلاق ايقاع فجاز تعليقه بالمشيئة وقوله يازانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة ولهذا يصح أن يقول أنت طالق ان شاءالله ولا يصح أن يقول أنت زانية ان شاءالله وان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال حفصة وعمرة طالقان ان شاءالله لم تطلق واحدة منهما وان قال حفصة طالق وعمرة طالق ان شاءالله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة لان الاستثناء يرجع الى مايليه وهو طلاق عمرة ويحتمل عندى أن لا تطلق واحدة منهما لان المجموع بالواو كالجملة الواحدة

﴿فصل﴾ وان طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت فان قال أنت طالق ونوى بقلبه ان شاءالله لم يصح الاستثناء ولم يقبل فى الحكم ولا يدين فيه لان اللفظ أقوى من النية لان اللفظ يقع به الطلاق من غير نية والنية لا يقع بها الطلاق من غير لفظ فلو أعملنا النية لرفعنا القوى بالضعيف وذلك لا يجوز كنسخ الكتاب بالسنة وترك النص بالقياس وان قال نسائى طوالق واستثنى بالنية بعضهن دين فيه لانه لا يسقط اللفظ بل يستعمله فى بعض مايقتضيه بعمومه وذلك يحتمل فدين فيه ولا يقبل فى الحكم وقال أبو حفص الباب شامى يقبل فى الحكم لان اللفظ يحتمل العموم والخصوص وهذا غير صحيح لانه وان احتمل الخصوص الا أن الظاهر العموم فلم يقبل فى الحكم دعوى الخصوص فان قال امرأتى طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا طلقة أو طلقتين لم يقبل فى الحكم لانه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ وهل يدين فيه وجهان أحدهما يدين لانه لا يسقط حكم اللفظ وانما يخرج بعض مايقتضيه فدين فيه كما لو قال نسائى طوالق واستثنى بالنية بعضهن والثانى لا يدين وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني رحمه الله لانه يسقط مايقتضيه اللفظ بصريحه بما دونه من النية وان قال لاربع نسوة أربعكن طالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل فى الحكم وهل يدين فيه وجهان أحدهما يدين والثانى لا يدين ووجههما ماذكرناه فى المسئلة قبلها

﴿باب الشرط فى الطلاق﴾

اذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجىء الشهر تعلق به فاذا وجد الشرط وقع واذا لم يوجد لم يقع لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المؤمنون عند شروطهم ولان الطلاق كالعتق لان لكل واحد منهما قوة وسراية ثم العتق اذا علق على شرط وقع بوجوده ولم يقع قبل وجوده فكذلك الطلاق فان علق الطلاق على شرط ثم قال عجلت ما كنت علقت على الشرط لم تطلق فى الحال لانه تعلق بالشرط ولا يتغير واذا وجد الشرط طلقت وان قال أنت طالق ثم قال أردت اذا دخلت الدار أو اذا جاء رأس الشهر لم يقبل فى الحكم لانه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ بظاهره ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يدعى صرف الكلام عن ظاهره الى وجه يحتمله فدين فيه كما لو قال أنت طالق وادعى انه أراد طلاقا من وثاق فان قال أنت طالق ان دخلت الدار وقال أردت الطلاق فى الحال ولكن سبق لسانى الى الشرط لزمه الطلاق فى الحال لانه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة

﴿فصل﴾ والالفاظ التى تستعمل فى الشرط فى الطلاق من وان واذا ومتى وأى وقت وكلما وليس فى هذه الالفاظ مايقتضى التكرار الا قوله كلما فانه يقتضى التكرار فاذا قال من دخلت الدار فهى طالق أو قال

(قوله لا يستحيل) أى لا ينقلب وقد ذكر

لامرأته ان دخلت الدار أو اذا دخلت الدار أو متى دخلت الدار أو أى وقت دخلت الدار فانت طالق فوجد الدخول وقع الطلاق وان تكرر الدخول لم يتكرر الطلاق لان اللفظ لا يقتضى التكرار وان قال كلما دخلت الدار فانت طالق فدخلت طلقت وان تكرر الدخول تكرر الطلاق لان اللفظ يقتضى التكرار

﴿فصل﴾ وان كانت له امرأة لا سنة فى طلاقها ولا بدعة وهى الصغيرة التى لم تحض أو الكبيرة التى يئست من الحيض أو الحامل أو التى لم يدخل بها فقال لها أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت لوجود الصفة وان قال أنت طالق للسنة أو للبدعة أو أنت طالق للسنة والبدعة طلقت لانه وصفها بصفة لا تتصف بها فلغت الصفة وبقى الطلاق فوقع فان قال للصغيرة أو الحامل أو التى لم يدخل بها أنت طالق للسنة أو أنت طالق للبدعة وقال أردت به اذا صارت من أهل سنة الطلاق أو بدعته طلقت فى الحال ولم يقبل مايدعيه فى الحكم لان اللفظ يقتضى طلاقا ناجزا ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل مايدعيه وان كانت له امرأة لها سنة وبدعة فى الطلاق وهى المدخول بها اذا كانت من ذوات الاقراء فقال لها أنت طالق للسنة فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت فى الحال لوجود الصفة وان كانت فى حيض أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة واذا طهرت من غير جماع طلقت لوجود الصفة وان قال أنت طالق للبدعة فان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه طلقت فى الحال لوجود الصفة وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم تطلق فى الحال لفقد الصفة فاذا جامعها أو حاضت طلقت لوجود الصفة وان قال أنت طالق للسنة إن كنت فى هذه الحالة ممن يقع عليها طلاق السنة فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت لوجود الصفة وان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة وان صارت فى طهر لم تجامع فيه لم تطلق أيضا لانه شرط أن تكون للسنة وأن تكون فى تلك الحال وذلك لا يوجد بعد انقضاء الحال وان قال لها أنت طالق للسنة وللبدعة أو أنت طالق طلقة حسنة قبيحة طلقت فى الحال طلقة لانه لا يمكن ايقاع طلقة على هاتين الصفتين فسقطت الصفتان وبقى الطلاق فوقع وان قال أنت طالق طلقتين طلقة للسنة وطلقة للبدعة طلقت فى الحال طلقة فاذا صارت فى الحالة الثانية طلقت طلقة وان قال أنت طالق طلقتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان أحدهما يقع طلقة فى حال السنة وطلقة فى حال البدعة لانه يمكن ايقاعها على الصفتين فلم يجز اسقاطهما والثانى يقع فى الحال طلقتان لان الظاهر عود الصفتين الى كل واحدة من الطلقتين وايقاع كل واحدة منهما على الصفتين لا يمكن فلغت الصفتان ووقعت الطلقتان وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة وقع الثلاث فى طهر لم يجامعها فيه لان ذلك طلاق للسنة وان قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وقع فى الحال طلقتان لان اضافة الطلاق اليهما يقتضى التسوية فيقع فى الحال طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين ويقع الباقى فى الحالة الاخرى وان قال أردت بالبعض طلقة فى هذه الحال وطلقتين فى الحالة الاخرى ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه لا يقبل قوله فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يدعى مايتأخر به الطلاق فصار كما لو قال أنت طالق وادعى انه أراد اذا دخلت الدار والثانى وهو المذهب انه يقبل فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لان البعض يقع على القليل والكثير حقيقة ويخالف دعوى دخول الدار فان الظاهر انجاز الطلاق فلم يقبل فى الحكم دعوى التأخير

﴿فصل﴾ وان قال ان قدم فلان فانت طالق فقدم وهى فى طهر لم يجامع فيه وقع طلاق سنة وان قدم وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة الا انه لا يأثم لانه لم يقصد كما اذا رمى صيدا فأصاب آدميا فقتله فان القتل صادف محرما لكنه لم يأثم لعدم القصد وان قال ان قدم فلان فانت طالق للسنة

فقدم

فقدم وهي في حال السنة طلقت وان قدم وهي في حال البدعة لم تطلق حتى تصير الى حال السنة لانه علقه
بعد القدوم بالسنة

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق أحسن الطلاق وأكمله وأعدله وما أشبهها من الصفات الجيدة طلقت
للسنة لانه أحسن الطلاق وأكمله وأعدله وان قال أردت به طلاق البدعة واعتقدت ان الاعدل
والاكمل في حقها لسوء عشرتها ان تطلق للبدعة نظرت فان كان مايدعيه من ذلك أغلظ عليه بان
تكون في الحال حائضا أو في طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة لان ما ادعاه أغلظ عليه واللفظ يحتمله
فقبل منه وان كان أخف عليه بان كانت في طهر لم يجامع فيه دين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل
مايدعيه ولا يقبل في الحكم لانه مخالف للظاهر فان قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه وما أشبههما
من صفات الذم طلقت في حال البدعة لانه أقبح الطلاق وأسمجه وان قال أردت طلاق السنة واعتقدت
ان طلاقها أقبح الطلاق وأسمجه لحسن دينها أو عشرتها فان كان ذلك أغلظ عليه لما فيه من تعجيل
الطلاق قبل منه لانه أغلظ عليه واللفظ يحتمله وان كان أخف عليه لما فيه من تأخير الطلاق دين
فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل ولا يقبل في الحكم لانه مخالف للظاهر وان قال أنت طالق طلاق
الحرج طلقت للبدعة لان الحرج فيما خالف السنة وأثم به

﴿فصل﴾ وان قال لها وهي حائض اذا طهرت فانت طالق طلقت بانقطاع الدم لوجود الصفة وان قال لها
ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لان اذا اسم للزمان المستقبل فاقتضى فعلا مستأنفا ولهذا
لو قال لرجل حاضر اذا جئتني فلك دينار لم يستحق بهذا الحضور حتى يغيب ثم يجيئه وان قال لها وهي
طاهر ان حضت فانت طالق طلقت برؤية الدم وان قال لها ذلك وهي حائض لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض
لما ذكرناه في الطهر فان قال لها وهي حائض ان طهرت طهرا فانت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض
لانه لايوجد طهر كامل الا ان تطعن في الحيض الثاني وان قال لها ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض
ثم تطهر ثم تحيض لان الطهر الكامل لايوجد الا بما ذكرناه وان قال ان حضت حيضة فانت طالق
فان كانت طاهرا لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
لما ذكرناه في الطهر

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق ثلاثا في كل قرء طلقة نظرت فان كانت لها سنة وبدعة في طلاقها نظرت
فان كانت طاهرا طلقت طلقة لان ما بقي من الطهر قرء وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم يقع
في كل طهر طلقة وان لم يكن لها سنة ولا بدعة نظرت فان كانت حاملا طلقت في الحال طلقة لان الحمل
قرء يعتد به وان كانت تحيض على الحمل لم تطلق في أطهارها لانها ليست باقراء ولهذا لايعتد بها فان
راجعها قبل الوضع وطهرت في النفاس وقعت طلقة أخرى فاذا حاضت وطهرت وقعت الثالثة وان كانت
غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت فان كانت صغيرة مدخولا بها طلقت في الحال طلقة فان لم يراجعها
حتى مضت ثلاثة أشهر بانت وان راجعها لم تطلق في الطهر بعد الرجعة لانه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق

﴿فصل﴾ وان قال ان حضت فانت طالق فقالت حضت فصدقها طلقت وان كذبها فالقول قولها مع
يمينها لانه لا يعرف الحيض الا من جهتها وان قال لها قد حضت فانكرت طلقت باقراره وان قال ان حضت
فضرتك طالق فقالت حضت فان صدقها طلقت ضرتها وان كذبها لم تطلق لان قولها يقبل على الزوج
في حقها ولا يقبل على غيرها الا بتصديق الزوج كالمودع يقبل قوله في رد الوديعة على المودع ولا يقبل في
الرد على غيره وان قال اذا حضت فانتما طالقتان فقالت حضت فان صدقها طلقتا وان كذبها
وحلفت طلقت هي ولم تطلق ضرتها وان صدقتها الضرة على حيضها لم يؤثر تصديقها ولكن لها أن تحلف

(قوله أقبح الطلاق وأسمجه) معناهما واحد يقال سمج الشيء بالضم سماجة قبح فهو سمج
(قوله في كل قرء طلقة) القرء الحيض والقرء أيضا الطهر وهو من الاضداد وفيه لغتان قرء بالفتح وقرء بالضم وجمعه قروء وأقراء قال الشاعر
مورثة مالا وفي الحي رفعة
لما ضاع فيها من قروء نسائكا
وهو الوقت فقيل للحيض والطهر قرء لانهما يرجعان لوقت معلوم وأصله الجمع وكل شيء قرأته فقد جمعته

الزوج على تكذيبها وان قال اذا حضتما فانتما طالقان فان قالتا حضنا فصدقهما طلقتا وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض صاحبتها ولا يقبل قول كل واحدة منهما الا في حيضها في حقها نفسها دون صاحبتها ولم يوجد الشرطان وان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة لانها غير مقبولة القول على صاحبتها ومقبولة القول في حق نفسها وقد صدق الزوج صاحبتها فوجد الشرطان في طلاقها فطلقت والمصدقة مقبولة القول في حيضها في حق نفسها وقد صدقها الزوج وقول صاحبتها غير مقبول في حيضها في طلاقها ولم يوجد الشرطان في حقها فلم تطلق

﴿فصل﴾ وان قال لامرأتين ان حضتما حيضة فانتما طالقتان ففيه وجهان أحدهما ان هذه الصفة لا تنعقد لانه يستحيل اجتماعهما في حيضة فبطل والثاني انهما اذا حاضتا وقع الطلاق لان الذي يستحيل هو قوله حيضة فيلغى لاستحالتها ويبقى قوله ان حضتما فيصير كما لو قال ان حضتما فانتما طالقتان وقد بينا حكمه

﴿فصل﴾ وان قال لاربع نسوة ان حضتن فانتن طوالق فقد علق طلاق كل واحدة منهن باربع شرائط وهي حيض الاربع فان قلن حضنا وصدقهن طلقن لانه قد وجد حيض الاربع وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لانه لم يثبت حيض الاربع لان قول كل واحدة منهن لا يقبل الا في حقها وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لانه لم يوجد الشرط وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة لان قولها مقبول في حيضها في حق نفسها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الاربع في حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لان قول كل واحدة منهن مقبول في حيضها في حقها غير مقبول في حق صواحبها وقد بقيت واحدة منهن مكذبة فلم تطلق لاجلها

﴿فصل﴾ وان قال لهن كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق فقد جعل حيض كل واحدة منهن صفة لطلاق البواقي فان قلن حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا لان لكل واحدة منهن ثلاث صواحب تطلق بحيض كل صاحبة طلقة فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة منهن وان قبل قولها في حقها الا انه لا يقبل في حق غيرها وان صدق واحدة منهن وقع على كل واحدة منهن طلقة لان لكل واحدة منهن صاحبة ثبت حيضها ولا يقع على المصدقة طلاق لانه ليس لها صاحبة ثبت حيضها وان صدق اثنتين وقع على كل واحدة منهما طلقة لان لكل واحدة منهما صاحبة ثبت حيضها ويقع على كل واحدة من المكذبين طلقتان لان لكل واحدة منهما صاحبتين ثبت حيضهما فان صدق ثلاثا وقع على كل واحدة منهن طلقتان لان لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ووقع على المكذبة ثلاث تطليقات لان لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن

﴿فصل﴾ وان قال لامرأته ان لم تكوني حاملا فانت طالق لم يجز وطؤها قبل الاستبراء لان الاصل عدم الحمل ووقوع الطلاق فان لم يكن بها حمل طلقت وان وضعت حملا لاقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق لم تطلق لانا تيقنا انها كانت حاملا عند العقد وان وضعته لاكثر من أربع سنين طلقت طلقة لانا تيقنا انها لم تكن حاملا عند العقد وان وضعته لما بين ستة أشهر وأربع سنين نظرت فان لم يطأها الزوج في هذه المدة لم يقع الطلاق لانا حكمنا بانها كانت حاملا عند العقد وان كان وطئها نظرت فان وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت الوطء ولاكثر من ستة أشهر من وقت العقد لم يقع الطلاق لانا حكمنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته لاكثر من ستة أشهر من وقت العقد والوطء جميعا

ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انها تطلق لانه يجوز أن يكون قبل الوطء ويجوز أن يكون حدث من الوطء والظاهر انه حدث من الوطء لان الاصل فيما قبل الوطء العدم والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة انها لم تطلق لانه يحتمل أن يكون موجودا عند العقد ويحتمل أن يكون حادثا من الوطء بعده والاصل بقاء النكاح وان قال لها ان كنت حاملا فأنت طالق فهل يحرم وطؤها قبل الاستبراء فيه وجهان أحدهما لا يحرم لان الاصل عدم الحمل وثبوت الاباحة والثانى يحرم لانه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها ويجوز أن لا تكون حاملا فيحل وطؤها فغلب التحريم فان استبرأها ولم يظهر الحمل فهى على الزوجية وان ظهر الحمل نظرت فان وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق لانا تيقنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته لاكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق لانا علمنا انها لم تكن حاملا وان وضعته لاكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فان كان الزوج لم يطأها طلقت لانا حكمنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وطئها نظرت فان وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء وقع الطلاق لانا حكمنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئه لم يقع الطلاق وجها واحدا لانه يجوز أن يكون موجودا وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك واختلف أصحابنا فى صفة الاستبراء ووقته وقدره فذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله فى الاستبراء فى المسئلتين ثلاثة أوجه أحدهما ثلاثة اقراء وهى اطهار لانه استبراء حرة فكان بثلاثة اطهار والثانى بطهر لان القصد براءة الرحم فلا يزاد على قرء واستبراء الحرة لا يجوز الا بالطهر فوجب أن يكون طهرا والثالث انه بحيضة لان القصد من هذا الاستبراء معرفة براءة الرحم والذى يعرف به براءة الرحم الحيض وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق فيه وجهان أحدهما لا يعتد لان الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه والثانى يعتد به لان القصد معرفة براءة الرحم وذلك يحصل وان تقدم ومن أصحابنا من قال فى المسئلة الثانية الاستبراء على ما ذكرناه لان الاستبراء لاستباحة الوطء فاما فى المسئلة الاولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة اطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لانه استبراء حرة للطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة اطهار ولا بما تقدم على الطلاق كالاستبراء فى سائر المطلقات

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته ان ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا طلقت حيا كان أو ميتا لان اسم الولد يقع على الجميع فان ولدت آخر لم تطلق لان اللفظ لا يقتضى التكرار وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدين من حمل واحدا بعد واحد طلقت بالاول ولم تطلق بالثانى وان ولدت ثلاثة أولاد واحدا بعد واحد طلقت بالاول طلقة وبالثانى طلقة ولا يقع بالثالث شئ وحكى أبو على بن خيران عن الاملاء قولا آخر انه يقع بالثالث طلقة أخرى والصحيح هو الاول لان العدة انقضت بالولد الاخير فوجدت الصفة وهى بائن فلم يقع بها طلاق كما لو قال اذا مت فأنت طالق وان ولدت ثلاثة دفعة واحدة طلقت ثلاثا لان صفة الثلاث قد وجدت وهى زوجة فوقع كما لو قال ان كلمت زيدا فأنت طالق وان كلمت عمرا فأنت طالق وان كلمت بكرا فأنت طالق فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثا وان قال ان ولدت ذكرا فأنت طالق طلقة واحدة وان ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثا وان وضعت أحدهما بعد الآخر وقع بالاول ما علق عليه ولم يقع بالثانى شئ لبينونتها بانقضاء العدة وهذا ظاهر وان لم تعلم كيف وضعتهما طلقت طلقة لانها يقين والورع أن يلتزم الثلاث وان قال يا حفصة ان كان أول ما تلدين ذكرا فعمرة طالق وان كان أنثى فأنت طالق فولدت ذكرا وأنثى دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهما لانه ليس فيهما أول وان قال ان كان فى بطنك ذكر فأنت طالق طلقة وان كان

(قوله استبراء الجارية) هو خلوها من الولد ومنه فلان برئ من الدين أى خلى لانه يعرف به براءة الرحم (قوله والورع ان يلتزم الثلاث) الورع الكف عما لا يحل أخذه وورع الرجل تقى يقال ورع يرع بالكسر فيهما ورعا ورعة

فى بطنك أنثى فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى طلقت ثلاثا لاجتماع الصفتين وان قال ان كان حملك أو ما فى بطنك ذكرا فأنت طالق فوضعت ذكرا وأنثى لم تطلق لان الصفة أن يكون جميع ما فى البطن ذكرا ولم يوجد ذلك

﴿فصل﴾ واذا قال للمدخول بها اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان احداهما بقوله أنت طالق والاخرى بوجود الصفة وان قال لم أرد بقولى اذا طلقتك فأنت طالق عقد الطلاق بالصفة وانما أردت أنى اذا طلقتك تطلقين بما أوقع عليك من الطلاق لم يقبل قوله فى الحكم لان الظاهر أنه عقد طلاقا على صفة ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل ما يدعيه وان قال ان طلقتك فأنت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقتان احداهما بدخول الدار والاخرى بوجود الصفة لان الصفة أن يطلقها وان علق طلاقها بدخول الدار فدخلت فقد طلقها وان قال لها مبتدئا ان دخلت الدار فأنت طالق ثم قال اذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله اذا طلقتك فأنت طالق لان هذا يقتضى ابتداء ايقاع بعد عقد الصفة وما وقع بدخول الدار ليس بابتداء ايقاع بعد عقد الصفة وانما هو وقوع بالصفة السابقة لعقد الطلاق فان قال ان طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلقها فطلقها وقعت الطلقة التى أوقعها الوكيل ولا يقع ما عقده على الصفة لان الصفة أن يطلقها بنفسه وان قال اذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت فقد قال بعض أصحابنا انها تطلق طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله اذا أوقعت عليك لان قوله اذا أوقعت عليك يقتضى طلاقا يباشر ايقاعه وما يقع بدخول الدار يقع حكما قال الشيخ الامام وعندى انه يقع طلقتان احداهما بدخول الدار والاخرى بالصفة كما قلنا فيمن قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وان قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق طلقت طلقتين احداهما بقوله أنت طالق والاخرى بوجود الصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لان الصفة ايقاع الطلاق والصفة لم تتكرر فلم يتكرر الطلاق

﴿فصل﴾ وان قال اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان طلقة بقوله أنت طالق وطلقة بوجود الصفة وان قال لها بعد هذا العقد أو قبله ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين طلقة بدخول الدار وطلقة بوجود الصفة وان وكل وكيلا بعد هذا العقد فى طلاقها فطلقها ففيه وجهان أحدهما يقع ما أوقعه الوكيل ولا يقع ما علقه بالصفة كما قلنا فيمن قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلق والثانى انه يقع طلقتان طلقة بايقاع الوكيل وطلقة بالصفة لان الصفة وقوع طلاق الزوج وما وقع بايقاع الوكيل هو طلاق الزوج وان قال اذا طلقتك فأنت طالق واذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقع الثلاث طلقة بقوله أنت طالق وطلقتان بالصفتين وان قال كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم أوقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل هذا العقد أو بعده طلقت ثلاثا واحدة بعد واحدة لان بالطلقة الاولى توجد صفة الطلقة الثانية وبالثانية توجد صفة الطلقة الثالثة

﴿فصل﴾ وان قال لغير المدخول بها اذا طلقتك فأنت طالق أو اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق أو كلما وقع عليك طلاقى فانت طالق فوقعت عليها طلقة بالمباشرة أو بالصفة لم يقع غيرها لانها تبين بها فلم يلحقها ما بعدها

﴿فصل﴾ وان قال متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فانت طالق فهو على الفور فاذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق وقع الطلاق وان قال ان لم أطلقك فانت طالق فالمنصوص أنه على التراخى

(قوله يدين فى مواضع) أى يوكل الى دينه يقال دينت الرجل تديينا اذا وكلته الى دينه وقال شمر دينوه أى ملكوه أمره من قولك دنته أى ملكت أمره قال الحطيئة يهجو أمه لقد دينت أمر بنيك حتى * تركتهم أدق من الطحين وقيل يقلد أمره والاول أصح وقال الهروى أى يجعل ذلك اليه بغير بينة أى يلزمه من ذلك ما يلزمه نفسه فى دينه من الاستحلال والتورع

(قوله باشر ايقاعه) أى تولاه بنفسه بصريح نطقه بغير سبب ولا عقد صفة

ولا يقع به الطلاق الا عند فوات الطلاق وهو عند موت أحدهما وان قال اذا لم أطلقك فانت طالق فالمنصوص أنه على الفور فاذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فلم يطلق وقع الطلاق فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى فجعلهما على قولين ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل قوله ان لم أطلقك على التراخي وجعل قوله اذا لم أطلقك على الفور وهو الصحيح لان قوله اذا اسم لزمان مستقبل ومعناه أى وقت ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت فيقال متى ألقاك فتقول اذا شئت كما تقول أى وقت شئت فكان على الفور كما لو قال أى وقت لم أطلقك فانت طالق وليس كذلك ان فانه لا يستعمل فى الزمان ولهذا لا يجوز أن يقال متى ألقاك فتقول ان شئت وانما يستعمل فى الفعل ويجاب بها عن السؤال عن الفعل فيقال هل ألقاك فتقول ان شئت فيصير معناه ان فاتنى ان أطلقك فانت طالق والفوات يكون فى آخر العمر وان قال لها كلما لم أطلقك فانت طالق فمضى ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها ثلاث طلقات واحدة بعد واحدة لان معناه كلما سكت عن طلاقك فانت طالق وقد سكت ثلاث سكتات

﴿فصل﴾ وان قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها ان خرجت أو ان لم تخرجي أو ان لم يكن هذا كما قلت فانت طالق طلقت لانه حلف بطلاقها وان قال ان طلعت الشمس أو ان جاء الحاج فانت طالق لم يقع الطلاق حتى تطلع الشمس أو يجيء الحاج لان اليمين ماقصد بها المنع من فعل أو الحث على فعل أو التصديق على فعل وليس فى طلوع الشمس ومجيء الحاج منع ولا حث ولا تصديق وانما هو صفة للطلاق فاذا وجدت وقع الطلاق بوجود الصفة وان قال لها اذا حلفت بطلاقك فانت طالق ثم أعاد هذا القول وقعت طلقة لانه حلف بطلاقها فان أعاد ثالثا وقعت طلقة ثانية وان أعاد رابعا وقعت طلقة ثالثة لان كل مرة توجد صفة طلاق وينعقد صفة أخرى وان أعادها خامسا لم يقع طلاق لانه لم يبق له طلاق ولا ينعقد به يمين فى طلاق غيرها لان اليمين بطلاق من لا يملكها لا ينعقد وان كانت له امرأتان احداهما مدخول بها والاخرى غير مدخول بها فقال ان حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية وتطلق غير المدخول بها طلقة بائنة فان أعاد لم تطلق واحدة منهما لان غير المدخول بها بائن والمدخول بها لا يوجد شرط طلاقها لان شرط طلاقها أن يحلف بطلاقهما ولم يحلف بطلاقهما لان غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها

﴿فصل﴾ واذا كان له أربع نسوة وعبيد فقال كلما طلقت امرأة من نسائى فعبد من عبيدى حر وكلما طلقت امرأتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أعبد أحرار وكلما طلقت أربعا فأربعة أعبد أحرار ثم طلقهن فالمذهب أنه يعتق خمسة عشر عبدا لان بطلاق الاولى يعتق عبد بوجود صفة الواحدة وبطلاق الثانية يعتق ثلاثة أعبد لانه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وبطلاق الثالثة يعتق أربعة أعبد لانه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق الثلاث وبطلاق الرابعة يعتق سبعة أعبد لانه اجتمع ثلاث صفات طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربع ومن أصحابنا من قال يعتق سبعة عشر عبدا لان فى طلاق الثالثة ثلاث صفات طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة وطلاق الثلاث ومنهم من قال يعتق عشرون عبدا فجعل فى الثلاث ثلاث صفات وجعل فى الاربع أربع صفات طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة وطلاق أربع والجميع خطأ لانهم عدوا الثانية مع ماقبلها من الاثنتين وعدوا ثالثة مع ماقبلها من الثلاث ثم عدوهما مع مابعدهما من الاثنتين والثلاث وهذا لا يجوز لان ماعد مرة فى عدد لا يعد فى ذلك العدد مرة أخرى والدليل عليه أنه لو قال كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدى حر ثم أكل رمانة عتق عبدان لان الرمانة

نصفان ثم لا يقال انه يعتق ثلاثة لانه اذا أكل نصف رمانة عتق عبد فاذا أكل الربع الثالث عتق عبد لانه مع الربع الثانى نصف واذا أكل الربع الرابع عتق عبد لانه مع الربع الثالث نصف فكذلك ههنا وقال أبو الحسن بن القطان يعتق عشرة لان الواحدة والاثنتين والثلاث والاربع عشر وهذا خطأ أيضا لان قوله كلما طلقت يقتضى التكرار وقد وجد طلاق الواحدة أربع مرات وطلاق المرأتين مرتين وطلاق الثلاث مرة وطلاق الاربع مرة فاسقط ابن القطان اعتبار ما يقتضيه اللفظ من التكرار فى المرأة والمرأتين وهذا لا يجوز

﴿فصل﴾ اذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن وقع عليها طلاقى فصواحبها طوالق ثم طلق واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا لان طلاق الواحدة يوقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة ووقوع هذه الطلقة على كل واحدة منهن يوقع الطلاق على صواحبها وهن ثلاث فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا

﴿فصل﴾ وان كان له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق طلقة بل هذه ثلاثا وقع على الاولى طلقة وعلى الثانية ثلاث لانه اذا أوقع على الاولى طلقة ثم أراد رفعها فلم يرتفع وأوقع على الثانية ثلاثا فوقعت وان قال للمدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا ان دخلت الدار فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو بكر بن الحداد المصرى تطلق واحدة فى الحال ويقع بدخول الدار تمام الثلاث لانه نجز واحدة فوقعت وعلق ثلاثا على الشرط فوقع ما بقى منها عند وجود الشرط ومن أصحابنا من قال يرجع الشرط الى الجميع ولا تطلق حتى تدخل الدار لان الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما

﴿فصل﴾ وان قال لها أنت طالق الى شهر ولم يكن له نية وقع الطلاق بعد الشهر لان الى تستعمل فى انتهاء الفعل كقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل وتستعمل أيضا فى ابتداء الفعل كقولهم فلان خارج الى شهر فلا يقع الطلاق فى الحال مع الاحتمال كما لا يقع بالكنايات من غير نية

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق فى شهر رمضان طلقت برؤية الهلال فى أول الشهر وقال أبو ثور لا تطلق الا فى آخر الشهر لتستوعب الصفة التى علق الطلاق عليها وهذا خطأ لان الطلاق اذا علق على شئ وقع بأول جزء منه كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فانها تطلق بالدخول الى أول جزء من الدار فان قال أردت فى آخر الشهر دين فيه لانه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم لانه يؤخر الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه وان قال أنت طالق فى أول الشهر وقع الطلاق فى أول ليلة يرى فيها الهلال وان قال أنت طالق فى غرة الشهر طلقت فى أوله فان قال أردت اليوم الثانى أو الثالث دين لان الثلاث من أول الشهر تسمى غررا ولا يقبل فى الحكم لانه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقتضيه وان قال أنت طالق فى آخر الشهر طلقت فى آخر يوم منه تاما كان الشهر أو ناقصا وان قال أنت طالق فى أول آخر رمضان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس انها تطلق فى أول ليلة السادس عشر لان آخر الشهر هو النصف الثانى وأوله أول ليلة السادس عشر والثانى انها تطلق فى أول اليوم الاخير من آخر الشهر لان آخر الشهر هو اليوم الاخير فوجب أن تطلق فى أوله وان قال أنت طالق فى آخر أول الشهر طلقت على الوجه الاول فى آخر اليوم الخامس عشر وعلى الوجه الثانى تطلق فى آخر اليوم الاول وان قال أنت طالق فى آخر أول آخر رمضان طلقت على الوجه الاول عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر لان أول آخر الشهر ليلة السادس عشر وآخرها عند طلوع الفجر من يومها وعلى الوجه الثانى تطلق بغروب الشمس من آخر يوم منه لان أول آخره اذا طلع الفجر من آخر يوم منه فكان آخره عند غروب الشمس وان قال أنت طالق فى أول آخر أول الشهر طلقت على الوجه الاول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر لان آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر فكان أوله طلوع فجره وعلى الوجه الآخر

(قوله نجز واحدة) أى عجلها من أنجز الوعد (قوله ليستوعب الصفة) الاستيعاب الاستئصال ومنه الحديث فى الانف اذا استوعب جدعا الدية (قوله الثلاث الاول من الشهر) سمى غررا جمع غرة وغرة كل شئ أوله وأكرمه والعرب تسمى كل ثلاث من الشهر باسم فتقول للثلاث الاول غرر ثم نفل ثم تسع ثم عشر وثلاث بيض وثلاث درع ثم ظلم ثم حنادس ثم دادى ثم محاق

تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر لان آخر أول الشهر غروب الشمس من أول يوم منه فكان أوله طلوع الفجر

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق اليوم طلقت في الحال لانه من اليوم وان قال أنت طالق في غد طلقت بطلوع فجره وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد لم تطلق لانه لا يجوز أن تطلق اليوم لانه لم يوجد شرطه وهو مجيء الغد ولا يجوز أن تطلق اذا جاء غد لانه ايقاع طلاق في يوم قبله وان قال أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم طلقة ولا تطلق غدا طلقة أخرى لان طلاق اليوم تعين وقوله غدا يحتمل أن تكون طالقة بطلاقها اليوم فلا نوقع طلاقا بالشك وان قال أردت طلقة في اليوم وطلقة في غد طلقت طلقتين لان اللفظ يحتمل ما يدعيه وهو غير متهم فيه لما فيه عليه من التغليظ وان قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا طلقت طلقتين طلقة بالايقاع وطلقة بالسراية وان قال أردت نصف طلقة اليوم والنصف الباقي في غد ففيه وجهان أحدهما تطلق اليوم طلقة ولا تطلق غدا لان النصف الباقي قد وقع في اليوم فلم يبق ما يقع غدا والثاني انه يقع في اليوم الثاني طلقة أخرى لان الذي وقع في اليوم بالسراية وبقي النصف الثاني فوقع في الغد فسرى وان قال أنت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان أحدهما تطلق غدا لانه يقين والثاني انها تطلق اليوم لانه جعل كل واحد منهما محلا للطلاق فتعلق بأولهما

﴿فصل﴾ اذا قال اذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه غيره طلقت لان رؤية الهلال في عرف الشرع رؤية الناس والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ويجب الصوم والفطر برؤية غيره وان قال أردت رؤيتي لم يقبل في الحكم لانه يدعي خلاف الظاهر ويدين فيه لانه يحتمل ما يدعيه فان رآه بالنهار لم تطلق لان رؤية هلال الشهر ما يراه في الشهر وهو بعد الغروب ولهذا لا يتعلق الصوم والفطر الا بما يراه بعد الغروب وان غم عليهم الهلال فعدوا شعبان ثلاثين يوما طلقت لانه قد ثبتت الرؤية بالشرع فصار كما لو ثبتت بالشهادة وان أراد رؤيته بعينه فلم يره حتى صار قمرا لم تطلق لانه ليس بهلال حقيقة واختلف الناس فيما يصير به قمرا فقال بعضهم يصير قمرا اذا استدار وقال بعضهم اذا بهر ضوءه

﴿فصل﴾ اذا قال اذا مضت سنة فأنت طالق اعتبر مضي السنة بالاهلة لانها هي السنة المعهودة في الشرع فان كان العقد في أول الشهر فمضى اثنا عشر شهرا بالاهلة طلقت فان كان في أثناء الشهر حسب ما بقي من الشهر الهلالي فان بقي خمسة أيام عد بعدها أحد عشر شهرا بالاهلة ثم عد خمسة وعشرين يوما من الشهر الثاني عشر لانه تعذر اعتبار الهلال في شهر فعد شهرا بالعدد كما نقول في الشهر الذي غم عليهم الهلال في الصوم فان قال أردت سنة بالعدد وهي ثلثمائة وستون يوما أو سنة شمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما لم يقبل في الحكم لانه يدعي ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه لان السنة الهلالية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدس يوم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل ما يدعيه وان قال اذا مضت السنة فأنت طالق طلقت اذا مضت بقية سنة التاريخ وهو انسلاخ ذي الحجة قلت البقية أو كثرت لان التعريف بالالف واللام يقتضي ذلك فان قال أردت سنة كاملة دين لانه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل في الحكم لانه يدعي ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه فان قال أنت طالق في كل سنة طلقة حسبت السنة من حين العقد كما اذا حلف لا يكلمه فلا نا سنة جعل ابتداء السنة من حين اليمين وكما اذا باع بثمن مؤجل اعتبر ابتداء الاجل من حين العقد فاذا مضى من السنة بعد العقد أدنى جزء طلقت طلقة لانه جعل السنة محلا للطلاق وقد دخل فيها فوقع كما لو قال أنت طالق في شهر رمضان فدخل الشهر

(قوله ثم بهر ضوءه) يقال بهر القمر اذا أضاء حتى غلب ضوءه ضوء الكواكب يقال قمر باهر (قوله التاريخ) هو تعريف الوقت والتواريخ مثله وأرخت الكتاب بيوم كذا أو ورخته بمعنى وانسلخ الشهر مضيه وزواله انسلخ الشهر من سنته والرجل من ثيابه والحية من جلدها

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق فى الشهر الماضى فالمنصوص انها تطلق فى الحال وقال الربيع فيه قول آخر انها لا تطلق وقال فيمن قال لامرأته ان طرت أو صعدت السماء فأنت طالق انها لا تطلق واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو على بن خيران جوابه فى كل واحدة من المسألتين الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما تطلق لانه علق الطلاق على صفة مستحيلة فألغيت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة ولا بدعة فى طلاقها أنت طالق للسنة أو للبدعة والثانى لا تطلق لانه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع وقال أكثر أصحابنا اذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى طلقت وان قال ان طرت أو صعدت السماء فأنت طالق لم تطلق قولا واحدا وما قاله الربيع من تخريجه والفرق بينهما أن الطيران وصعود السماء لا يستحيل فى قدرة الله عز وجل وقد جعل لجعفر بن أبى طالب رضى الله عنه جناحان يطير بهما وقد أسرى برسول الله صلى الله عليه وسلم وايقاع الطلاق فى زمان ماض مستحيل

﴿فصل﴾ وان قال ان قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر فقدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر لانه ايقاع طلاق بعد عقده وان قدم قبل شهر ففيه وجهان أحدهما انه كالمسئلة قبلها وهو اذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى لانه ايقاع طلاق قبل عقده والثانى وهو قول أكثر أصحابنا انه لا يقع الطلاق ههنا قولا واحدا لانه علق الطلاق على صفة وقد كان وجودها ممكنا فوجب اعتباره وايقاع الطلاق فى زمان ماض غير ممكن فسقط اعتباره

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق قبل موتى بشهر فمات قبل مضى شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد وان مضى شهر ثم مات عقيبه لم تطلق لان وقوع الطلاق مع اللفظ وان مضى شهر وجزء ثم مات طلقت فى ذلك الجزء وان قال أنت طالق ثلاثا قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعها بعد يومين أو ثلاثة وقدم زيد بعد هذا القول بأكثر من شهر لم يصح الخلع لانها بانت بالطلاق فلم يصح الخلع بعده وان قدم بعد الخلع بأكثر من شهر صح الخلع لانه صادف الملك فلم يقع الطلاق بالصفة

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فقدم ليلا لم تطلق لانه لم يوجد الشرط وان قال أردت باليوم الوقت قبل منه لانه قد يستعمل اليوم فى الوقت كما قال الله عز وجل ومن يولهم يومئذ دبره وهو غير متهم فيه فقبل منه وان ماتت المرأة فى أول اليوم الذى قدم زيد فى آخره فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو بكر بن الحداد المصرى يقع الطلاق لانه اذا قال أنت طالق فى يوم السبت طلقت بطلوع الفجر فاذا قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فقدم وجب ان يقع بعد طلوع الفجر فى اليوم الذى يقدم فيه زيد وقد قدم وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب ان يقع الطلاق ومن أصحابنا من قال لا يقع لانه جعل الشرط فى وقوع الطلاق قدوم زيد وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز ان يقع الطلاق ويخالف قوله أنت طالق يوم السبت فانه علق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم وههنا علق على شرطين اليوم وقدوم زيد وقدوم زيد وجد وقد ماتت المرأة فلم يلحقها الطلاق

﴿فصل﴾ وان قال ان لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فمضى اليوم ولم يطلقها ففيه وجهان أحدهما لا تطلق لان مضى اليوم شرط فى وقوع الطلاق فى اليوم ولا يوجد شرط الطلاق الا بعد مضى محل الطلاق فلم يقع والثانى يقع وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله لان قوله ان لم أطلقك اليوم معناه ان فاتنى طلاقك اليوم فاذا بقى من اليوم مالا يمكنه ان يقول فيه أنت طالق فقد فاته فوقع الطلاق فى بقيته وان قال لعبده ان لم أبعك اليوم فامرأتى طالق فاعتقه طلقت المرأة لان معناه ان فاتنى بيعك وقد فاته بيعه بالعتق

﴿فصل﴾ اذا تزوج بجارية أبيه ثم قال اذا مات أبى فأنت طالق فمات أبوه ففيه وجهان أحدهما وهو

(قوله فلغت الصفة) أى بطلت يقال لغا يلغو ولغوا اذا قال قولا لا حقيقة له قال الله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولغى يلغو مثله ولغا يلغا لغة ثالثة

قول أبي العباس بن سريج انها لا تطلق لانه اذا مات الاب ملكها فانفسخ النكاح ويكون الفسخ في زمان الطلاق فوقع الفسخ وانفسخ الطلاق كما لو قال رجل لزوجته ان مت فانت طالق ثم مات والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله انها تطلق ولا يقع الفسخ لان صفة الطلاق توجد عقيب الموت وهو زمان الملك والفسخ يقع بعد الملك فيكون زمان الطلاق سابقا لزمان الفسخ فوقع الطلاق ولم يقع الفسخ وان قال الاب لجاريته أنت حرة بعد موتي وقال الابن أنت طالق بعد موت أبي فمات الاب وقع العتق والطلاق لان العتق يمنع من الدخول في ملك الابن فوقع العتق والطلاق معا

﴿فصل﴾ اذا كتب اذا أتاك كتابي هذا فانت طالق ونوى الطلاق فضاع الكتاب لم يقع الطلاق لانه لم يأتها الكتاب وان وصل وقد ذهبت الحواشي وبقي موضع الكتابة وقع الطلاق لان الكتاب هو المكتوب وان أتاها وقد أمحى الكتاب لم تطلق أيضا لانه لم يأتها الكتاب وان انطمس حتى لا يفهم منه شئ لم تطلق لانه ليس بكتاب فهو كما لو جاءها كتاب فيه صورة وان جاء وقد أمحى بعضه فان كان الذي أمحى موضع الطلاق لم يقع لان المقصود لم يأتها وان بقي موضع الطلاق وذهب الباقي فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق يقع لان المقصود من الكتاب قد أتاها ومن أصحابنا من قال لا يقع لانه قال اذا جاءك كتابي هذا وذلك يقتضي جميعه واذا قال اذا أتاك كتابي فانت طالق فاتاها الكتاب وقد أمحى الجميع الا موضع الطلاق وقع الطلاق لانه أتاها كتابه وان قال ان أتاك طلاقي فانت طالق وكتب اذا أتاك كتابي فانت طالق ونوى الطلاق وأتاها الكتاب طلقت طلقتين طلقة بمجيء الكتاب وطلقة بمجيء الطلاق

﴿فصل﴾ وان قال ان قدم فلان فانت طالق فقدم به ميتا أو حمل مكرها لم تطلق لانه ما قدم وانما قدم به وان أكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالقولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم وان قدم مختارا وهو غير عالم باليمين فان كان ممن لا يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه كالسلطان طلقت لانه طلاق معلق على صفة وقد وجدت الصفة وان كان ممن يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه فعلى القولين فيمن حلف لا يفعل شيأ ففعله ناسيا

﴿فصل﴾ وان قال ان خرجت الا باذني فانت طالق فخرجت بالاذن انحلت اليمين فان خرجت بعد ذلك بغير الاذن لم تطلق لان قوله ان خرجت لا يقتضي التكرار والدليل عليه انه لو قال لها ان خرجت فانت طالق فخرجت مرة طلقت ولو خرجت مرة أخرى لم تطلق فصار كما لو قال ان خرجت مرة الا باذني فانت طالق وان قال كلما خرجت الا باذني فانت طالق ثم خرجت بغير الاذن طلقت طلقة وان خرجت مرة ثانية بغير الاذن وقعت طلقة أخرى وان خرجت مرة ثالثة وقعت طلقة أخرى لان اللفظ يقتضي التكرار وان قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذني فانت طالق فخرجت الى الحمام ثم عدلت الى غير الحمام لم يحنث لان الخروج كان الى الحمام وان خرجت الى غير الحمام ثم عدلت الى الحمام حنث بخروجها الى غير الحمام بغير الاذن وان خرجت الى الحمام والى غيره وجمعت بينهما في القصد عند الخروج ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لان الحنث علقه على الخروج الى غير الحمام وهذا الخروج مشترك بين الحمام وغيره والثاني يحنث لانه وجد الخروج الى غير الحمام بغير الاذن وانضم اليه غيره فوجب ان يحنث كما لو قال ان كلمت زيدا فانت طالق ثم كلمت زيدا وعمرا وان قال ان خرجت الا باذني فانت طالق فاذن لها ولم تعلم بالاذن ثم خرجت لم تطلق لانه علق الخلاص من الحنث بمعنى من جهته يختص به وهو الاذن وقد وجد الاذن والدليل عليه انه يجوز لمن عرفه ان يخبر به المرأة فلم يعتبر علمها فيه كما لو قال ان خرجت قبل ان أقوم فانت طالق ثم قام ولم تعلم به

﴿فصل﴾ وان قال لها ان خالفت أمرى فانت طالق ثم قال لها لا تكلمى أباك فكلمته لم تطلق لانها لم تخالف أمره وانما خالفت نهيه وان قال ان بدأتك بالكلام فانت طالق وقالت المرأة وان بدأتك بالكلام فعبدى حر فكلمها لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد لان يمينه انحلت بيمينها بالعتق ويمينها انحلت بكلامه وان قال أنت طالق ان كلمتك وأنت طالق ان دخلت الدار طلقت لانه كلمها باليمين الثانية وان قال أنت طالق ان كلمتك ثم أعاد ذلك طلقت لانه كلمها بالاعادة وان قال ان كلمتك فانت طالق فاعلمى ذلك طلقت لانه كلمها بقوله فاعلمى ذلك ومن أصحابنا من قال ان وصل الكلام باليمين لم تطلق لانه من صلة الاول

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته ان كلمت رجلا فانت طالق وان كلمت فقيها فانت طالق وان كلمت طويلا فانت طالق فكلمت رجلا طويلا فقيها طلقت ثلاثا لانه اجتمع صفات الثلاثة فوقع بكل صفة طلقة

﴿فصل﴾ وان قال ان رأيت فلانا فانت طالق فرآه ميتا أونائما طلقت لانه رآه وان رآه فى مرآة أورأى ظله فى الماء لم تطلق لانه مارآه وانما رأى مثاله وان رآه من وراء زجاج شفاف طلقت لانه رآه حقيقة

﴿فصل﴾ وان كانت فى ماء جار فقال لها ان خرجت منه فانت طالق وان وقفت فيه فانت طالق لم تطلق خرجت أووقفت لان لذى كانت فيه من الماء مضى بجريانه فلم تخرج منه ولم تقف فيه وان كان فى فيها تمرة فقال ان أكلتها فانت طالق وان رميتها فانت طالق وان أمسكتها فانت طالق فأكلت نصفها لم تطلق لانها ما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها وان كانت معه تمرة فقال ان أكلتها فانت طالق فرماها الى تمر كثير فأكل جميعه وبقى تمرة لا يعلم انها المحلوف عليها أوغيرها لم تطلق لجواز ان تكون هى المحلوف عليها فلم تطلق بالشك وان أكل تمرا كثيرا فقال لها ان لم تخبرينى بعدد ما أكلت فانت طالق فعدت من واحد الى عدد يعلم ان المأكول دخل فيه لم تطلق لانها أخبرته بعدد ما أكل وان أكلا تمرا واختلط النوى فقال ان لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فانت طالق فافردت كل نواة لم تطلق لانها ميزت وان اتهمها بسرقة شئ فقال أنت طالق ان لم تصدقينى انك سرقت أم لا فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق لانها صدقته فى أحد الخبرين وان قال ان سرقت منى شيأ فانت طالق وسلم اليها كيسا فاخذت منه شيأ لم تطلق لان ذلك ليس بسرقة وانما هو خيانة

﴿فصل﴾ وان قال من بشرتنى بقدوم زيد فهى طالق فأخبرته امرأته بقدوم زيد وهى صادقة طلقت لانها بشرته وان كانت كاذبة لم تطلق لان البشارة مابشر به الاذان ولا سرور فى الكذب وان أخبرته بقدومه واحدة بعد واحدة وهما صادقتان طلقت الاولى دون الثانية لان المبشرة هى الاولى وان أخبرتاه معا طلقتا لاشتراكهما فى البشارة وان قال من أخبرنى بقدوم زيد فهى طالق فأخبرته امرأته بقدوم زيد طلقت صادقة كانت أوكاذبة لان الخبر يوجد مع الصدق والكذب فان أخبرته احداهما بعد الاخرى أو أخبراه معا طلقتا لان الخبر وجد منهما

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق ان شئت فقالت فى الحال شئت طلقت وان قالت شئت ان شئت فقال شئت لم تطلق لانه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها مشيئة الطلاق وانما وجد منها تعليق مشيئتها بمشيئته فلم يقع الطلاق كما لو قالت شئت اذا طلعت الشمس وان قال أنت طالق ان شاء زيد فقال زيد شئت طلقت وان لم يشأ زيد لم تطلق وان شاء وهو مجنون لم تطلق لانه لا مشيئة له وان شاء وهو سكران فعلى ماذكرناه من طلاقه وان شاء وهو صبى ففيه وجهان أحدهما تطلق لان له مشيئة ولهذا يرجع الى مشيئته فى اختيار أحد الابوين فى الحضانة والثانى لا تطلق معه لانه لا حكم لمشيئته فى التصرفات وان كان أخرس فأشار الى المشيئة وقع الطلاق كما يقع طلاقه اذا أشار الى الطلاق وان كان

ناطقا فخرس فأشار ففيه وجهان أحدهما لا يقع وهو اختيار الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله لان مشيئته عند الطلاق كانت بالنطق والثاني أنه يقع وهو الصحيح لانه في حال بيان المشيئة من أهل الاشارة والاعتبار بحال البيان لا بما تقدم ولهذا لو كان عند الطلاق أخرس ثم صار ناطقا كانت مشيئته بالنطق وان قال أنت طالق ان شاء الحمار فهو كما لو قال أنت طالق ان طرب أو صعدت الى السماء وقد بيناه وان قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان طلقت في الحال لان معناه أنت طالق ليرضى فلان كما يقول لعبده أنت حر لوجه الله أو لمرضاة الله وان قال أنت طالق لرضى فلان ثم قال أردت ان رضى فلان على سبيل الشرط دين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه يحتمل ما يدعيه وهل يقبل في الحكم فيه وجهان أحدهما لا يقبل لان ظاهر اللفظ يقتضي انجاز الطلاق فلم يقبل قوله في تأخيره كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد ان دخلت الدار والثاني أنه يقبل لان اللفظ يصلح للتعليل والشرط فقبل قوله في الجميع

﴿فصل﴾ وان قال ان كلمتك أو دخلت دارك فانت طالق طلقت بكل واحدة من الصفتين وان قال ان كلمتك ودخلت دارك فانت طالق لم تطلق الا بوجودهما سواء قدم الكلام أو الدخول لان الواو تقتضي الجمع دون الترتيب وان قال ان كلمتك فدخلت دارك فانت طالق لم تطلق الا بوجود الكلام والدخول والتقديم للكلام على الدخول لان الفاء في العطف للترتيب فيصير كما لو قال ان كلمتك ثم دخلت دارك فانت طالق وان قال ان كلمتك وان دخلت دارك فانت طالق طلقت بوجود كل واحدة منهما طلقة لانه كرر حرف الشرط فوجب لكل واحدة منهما جزاء وان قال لزوجتين ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت احداهما احدى الدارين ودخلت الثانية الدار الاخرى ففيه وجهان أحدهما تطلقان لان دخول الدارين وجد منهما والثاني لا تطلقان وهو الصحيح لانه علق طلاقه بدخول الدارين فلا تطلق واحدة منهما بدخول احدى الدارين كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد وان قال ان أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان فأكلت كل واحدة منهما رغيفا فعلى الوجهين

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب وتسميه أهل النحو اعتراض الشرط على الشرط فان لبست ثم ركبت طلقت وان ركبت ثم لبست لم تطلق لانه جعل اللبس شرطا في الركوب فوجب تقديمه وان قال أنت طالق اذا قمت اذا قعدت لم تطلق حتى يوجد القيام والقعود ويتقدم القعود على القيام لانه جعل القعود شرطا في القيام وان قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتني فانت طالق لم تطلق حتى يوجد السؤال ثم الوعد ثم العطية لانه شرط في العطية الوعد وشرط في الوعد السؤال وكان معناه ان سألتني شيأ فوعدتك فأعطيتك فانت طالق وان قال ان سألتني ان أعطيتك ان وعدتك فانت طالق لم تطلق حتى تسأل ثم يعدها ثم يعطيها لان معناه ان سألتني فأعطيتك ان وعدتك فانت طالق

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق أن دخلت الدار بفتح الالف أو أنت طالق أن شاء الله بفتح الالف وهو ممن يعرف النحو طلقت في الحال لان معناه أنت طالق لدخولك الدار أو لمشيئة الله عز وجل طلاقك وان قال أنت طالق اذ دخلت الدار وهو ممن يعرف النحو طلقت في الحال لان اذ للماضي

﴿فصل﴾ وان قال ان دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء لم تطلق حتى تدخل الدار لان الشرط ثبت بقوله ان دخلت الدار ولهذا لو قال أنت طالق ان دخلت الدار ثبت الشرط وان لم يأت بالفاء وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وقال أردت ايقاع الطلاق في الحال قبل من غير يمين لانه اقرار على نفسه

وان قال أردت ان أجعل دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق آخر ثم سكت عن الجزاء قبل قوله مع اليمين لانه يحتمل ما يدعيه وان قال أردت الشرط والجزاء وأقمت الواو مقام الفاء قبل قوله مع اليمين لانه يحتمل ما يدعيه وان قال وان دخلت الدار فانت طالق وقال أردت به الطلاق فى الحال قبل قوله من غير يمين لانه اقرار بالطلاق وان قال أردت تعليق الطلاق بدخول الدار قبل قوله مع يمينه لانه يحتمل ما يدعيه

﴿فصل﴾ اذا قال لزوجته وأجنبية احداكما طالق ثم قال أردت به للاجنبية قبل قوله مع اليمين وان كانت له زوجة اسمها زينب وجارة اسمها زينب فقال زينب طالق وقال أردت بها الجارة لم يقبل والفرق بينهما أن قوله احداكما طالق صريح فيهما وانما يحمل على زوجته بدليل وهو أنه لا يطلق غير زوجته فاذا صرفه الى الاجنبية فقد صرفه الى ما لا يقتضيه تصريحه فقبل منه وليس كذلك قوله زينب طالق لانه ليس بصريح فى واحدة منهما وانما يتناولهما من جهة الدليل وهو الاشتراك فى الاسم ثم يقابل هذا الدليل دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ فى زوجته أظهر فلم يقبل خلافه

﴿فصل﴾ وان كانت له زوجتان اسم احداهما حفصة واسم الاخرى عمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال لها أنت طالق ثم قال أردت طلاق حفصة وقع الطلاق على عمرة بالمخاطبة وعلى حفصة باعترافه بأنه أراد طلاقها وان قال ظننتها حفصة فقلت أنت طالق طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه لم يخاطبها ولم يعترف بطلاقها وان رأى امرأة اسمها حفصة فقال حفصة طالق ولم يشر الى التى رآها وقع الطلاق على زوجته حفصة ولم يقبل قوله لم أردها لان الظاهر أنه أراد طلاق زوجته ولم يعارض هذا الظاهر غيره

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته اذا وقع عليك طلاقى فانت طالق قبله ثلاثا ثم قال لها أنت طالق فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شئ كما اذا قال لها اذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شئ ومنهم من قال يقع بقوله أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبى عبد الله الختن لانه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع ما بقى بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى بكر بن الحداد المصرى والشيخ أبى حامد الاسفراينى والقاضى أبى الطيب الطبرى وهو الصحيح عندى والدليل عليه أن ايقاع الطلاق يؤدى الى اسقاطه لأنا اذا أوقعنا عليها طلقة لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثا بحكم الشرط واذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقة وما أدى ثبوته الى نفيه سقط ولهذا قال الشافعى رحمه الله فيمن زوج عبده بحرة بألف درهم وضمن صداقها ثم باع العبد منها بتلك الالف قبل الدخول ان البيع لا يصح لان صحته تؤدى الى ابطاله فانه اذا صح البيع انفسخ النكاح بملك الزوج واذا انفسخ النكاح سقط المهر لان الفسخ من جهتها واذا سقط المهر سقط الثمن لان الثمن هو المهر واذا سقط الثمن بطل البيع فابطل البيع حين أدى تصحيحه الى ابطاله فكذلك ههنا ويخالف الفسخ بالردة فان الفسخ لا يقع بايقاعه وانما تقع الردة والفسخ من موجباتها والطلاق الثلاث لا ينافى الردة فصحت الردة وثبت موجبها وهو الفسخ والطلاق يقع بايقاعه والثلاث قبله تنافيه فمنع صحته فعلى هذا ان حلف على امرأته بالطلاق الثلاث أنه لا يفعل شيأ وأراد أن يفعله ولا يحنث فقال اذا وقع على امرأتى طلاقى فهى طالق قبله ثلاثا ففيه وجهان أحدهما يحنث اذا فعل المحلوف عليه لان عقد اليمين صح فلا يملك رفعه والثانى لا يحنث لانه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى والدليل عليه أنه اذا قال اذا حل رأس الشهر فانت طالق ثلاثا صحت هذه الصفة ثم

يملك اسقاطها بان يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم

﴿فصل﴾ اذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال أحدها لا يعود حكم الصفة فى النكاح الثانى وهو اختيار المزنى لانها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق كما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار والثانى أنها تعود و يقع بها الطلاق وهو الصحيح لان العقد والصفة وجدا فى عقد النكاح فاشبه اذا لم يتخللهما بينونة والثالث أنها ان بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة وان بانت بالثلاث لم تعد لان بالثلاث انقطعت علائق الملك و بما دون الثلاث لم تنقطع علائق الملك ولهذا بنى أحد العقدين على الآخر فى عدد الطلاق فيما دون الثلاث ولا يبنى بعد الثلاث وان علق عتق عبده على صفة ثم باعه ثم اشتراه قبل وجود الصفة ففيه وجهان أحدهما ان حكمه حكم الزوجة اذا بانت بما دون الثلاث لانه يمكنه أن يشتريه بعد البيع كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث والثانى أنه كالبائن بالثلاث لان علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت فى البائن بالثلاث

﴿فصل﴾ وان علق الطلاق على صفة ثم أبانها ووجدت الصفة فى حال البينونة انحلت الصفة فان تزوجها لم يعد حكم الصفة وكذلك اذا علق عتق عبده على صفة ثم باعه ووجدت الصفة قبل أن يشتريه انحلت الصفة فان اشتراه لم يعد حكم الصفة وقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله لا تنحل الصفة لان قوله ان دخلت الدار فانت طالق مقدر بالزوجية وقوله ان دخلت الدار فانت حر مقدر بالملك لان الطلاق لا يصح فى غير الزوجية والعتق لا يصح فى غير ملك فيصير كما لو قال ان دخلت الدار وأنت زوجتى فانت طالق وان دخلت الدار وأنت مملوكى فانت حر والمذهب الاول لان اليمين اذا علقت على عين تعلقت بها ولا نقدر فيها الملك والدليل عليه أنه لو قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق والدار فى ملكه فباعها ثم دخلها وقع الطلاق ولا يجعل كما لو قال ان دخلت هذه الدار وهى فى ملكى فانت طالق فكذلك ههنا والله أعلم

﴿باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين فيه﴾

اذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم تطلق لان النكاح يقين واليقين لا يزال بالشك والدليل عليه ما روى عبد الله بن زيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشئ فى الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا والورع أن يلتزم الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك فان كان بعد الدخول راجعها وان كان قبل الدخول جدد نكاحها وان لم يكن له فيها رغبة طلقها لتحل لغيره بيقين وان شك فى عدده بنى الامر على الاقل لما روى عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أواحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة وان لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثا فليبن على اثنتين وان لم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليبن على ثلاث و يسجد سجدتين قبل أن يسلم فرد الى الاقل ولان الاقل يقين والزيادة مشكوك فيها فلا يزال اليقين بالشك والورع أن يلتزم الاكثر فان كان الشك فى الثلاث وما دونها طلقها ثلاثا حتى تحل لغيره بيقين

﴿فصل﴾ وان كانت له امرأتان فطلق احداهما بعينها ثم نسيها أو خفيت عليه عينها بان طلقها فى ظلمة أو من وراء حجاب رجع اليه فى تعيينها لانه هو المطلق ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين و يؤخذ بنفقتهما الى أن يعين لانهما محبوستان عليه فان عين الطلاق فى احداهما فكذبته حلف للاخرى لان المعينة لو رجع فى طلاقها لم يقبل وان قال طلقت هذه لا بل هذه طلقتا فى الحكم لانه أقر بطلاق

(قوله دع ما يريبك) الريب الشك لا ريب فيه لا شك فيه قال الشاعر
* كانما أربته بريب *
يقال رابنى فلان اذا رأيت منه ما يريبك أى تكرهه
(قوله اذا سها أحدكم) السهو الغفلة يقال سها عن الشئ فهو ساه

الاولى ثم رجع الى الثانية فقبلنا اقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه فى الاولى وان كن ثلاثا فقال طلقت هذه لا بل هذه لا بل هذه طلقن جميعا وان قال طلقت هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الثالثة وواحدة من الاوليين وأخذ بتعيينها لانه أقر انه طلق احدى الاوليين ثم رجع الى أن المطلقة هى الثالثة فلزمه مارجع اليه ولم يقبل رجوعه عما أقر به وان قال طلقت هذه لا بل هذه أو هذه طلقت الاولى وواحدة من الاخريين وان قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ ببيان الطلاق فى الاولى والاخريين فان عين فى الاولى بقيت الاخريان على النكاح وان قال لم أطلق الاولى طلقت الاخريان لان الشك فى الاولى والاخريين فهو كما لو قال طلقت هذه أو هاتين ولا يجوز له أن يعين بالوطء فان وطئ احداهما لم يكن ذلك تعيينا للطلاق فى الاخرى فيطالب بالتعيين بالقول فان عين الطلاق فى الموطوأة لزمه مهر المثل واذا عين وجبت العدة من حين الطلاق

﴿فصل﴾ وان طلق احدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ويؤخذ بنفقتهما الى أن يعين وله أن يعين الطلاق فيمن شاء منهما فان قال هذه لا بل هذه طلقت الاولى ولم تطلق الاخرى لان تعيين الطلاق الى اختياره وليس له أن يختار الا واحدة فاذا اختار احداهما لم يبق له اختيار وهل له أن يعين الطلاق بالوطء فيه وجهان أحدهما لا يعين بالوطء وهو قول أبى على بن أبى هريرة لان احداهما محرمة بالطلاق فلم يتعين بالوطء كما لو طلق احداهما بعينها ثم أشكلت فعلى هذا يؤخذ بعد الوطء بالتعيين بالقول فان عين الطلاق فى الموطوأة لزمه المهر والثانى يتعين وهو قول أبى اسحق واختيار المزنى وهو الصحيح لانه اختيار شهوة والوطء قد دل على الشهوة وفى وقت العدة وجهان أحدهما من حين يلفظ بالطلاق لانه وقت وقوع الطلاق والثانى من حين التعيين وهو قول أبى على بن أبى هريرة رحمه الله لانه وقت تعيين الطلاق

﴿فصل﴾ وان ماتت الزوجتان قبل التعيين وبقى الزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج فان كان قد طلق احداهما بعينها فعين الطلاق فى احداهما أخذ من تركة الاخرى مايخصه وان كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وان كان قد طلق احداهما بغير عينها فعين الطلاق فى احداهما دفع اليه من مال الاخرى مايخصه وان كذبه ورثتها فالقول قوله من غير يمين لان هذا اختيار شهوة وقد اختار ما اشتهى وان مات الزوج وبقيت الزوجتان وقف لهما من ماله نصيب زوجة الى أن يصطلحا لانه قد ثبت ارث احداهما بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى فوجب أن يوقف الى أن يصطلحا لانه قد ثبت ارث احداهما بيقين فان قال وارث الزوج أنا أعرف الزوجة منهما ففيه قولان أحدهما يرجع اليه لانه لما قام مقامه فى استلحاق النسب قام مقامه فى تعيين الزوجة والثانى لا يرجع اليه لان كل واحدة منهما زوجة فى الظاهر وفى الرجوع الى بيانه اسقاط وارث مشارك والوارث لا يملك اسقاط من يشاركه فى الميراث واختلف أصحابنا فى موضع القولين فقال أبو اسحق القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت وفيمن طلق احداهما من غير تعيين ومنهم من قال القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت لانه اخبار فجاز أن يخبر الوارث عن الموروث وأما اذا طلق احداهما من غير تعيين فانه لا يرجع الى الوارث قولا واحدا لانه اختيار شهوة فلم يقم الوارث فيه مقام الموروث كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعا منهن

﴿فصل﴾ وان طلق احدى زوجتيه ثم ماتت احداهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون هى الزوجة ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجة فان قال وارث الزوج الميتة قبله مطلقة فلا ميراث لى منها والباقية زوجة فلها الميراث معى

قبل لأنه اقرار على نفسه بما يضره فان قال الميتة هي الزوجة فلي الميراث من تركتها والباقية هي المطلقة فلا ميراث لها مني فان صدق على ذلك حمل الامر على ما قال فان كذب بان قال وارث الميتة انها هي المطلقة فلا ميراث لك منها وقالت الباقية أنا الزوجة فلي معك الميراث ففيه قولان أحدهما يرجع الى بيان الوارث فيحلف لورثة الميتة أنه لا يعلم انه طلقها ويستحق من تركتها ميراث الزوج ويحلف للباقية أنه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج والثاني لا يرجع الى بيان الوارث فيجعل ما عزل من ميراث الميتة موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوج ووارث الزوجة وما عزل من ميراث الزوج موقوفا حتى تصطلح عليه الباقية ووارث الزوج

﴿فصل﴾ وان كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال ياحفصة ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فعمرة طالق وان كان أنثى فأنت طالق فولدت ذكرا وأنثى واحدا بعد واحد وأشكل المتقدم منهما طلقت احداهما بعينها وحكمها حكم من طلق احدى المرأتين بعينها ثم أشكلت عليه وقد بيناه

﴿فصل﴾ وان رأى طائرا فقال ان كان هذا الطائر غرابا فنسائي طوالق وان كان حماما فامائي حرائر ولم يعرف لم تطلق النساء ولم تعتق الاماء لجواز أن يكون الطائر غيرهما والاصل بقاء الملك والزوجية فلا يزال بالشك وان قال ان كان هذا غرابا فنسائي طوالق وان كان غير غراب فامائي حرائر ولم يعرف منع من التصرف في الاماء والنساء لانه تحقق زوال الملك في أحدهما فصار كالو طلق احدى المرأتين ثم أشكلت ويؤخذ بنفقة الجميع الى أن يعين لان الجميع في حبسه ويرجع في البيان اليه لانه يرجع اليه في أصل الطلاق والعتق فكذلك في تعيينه فان امتنع من التعيين مع العلم به حبس حتى يعين وان لم يعلم لم يحبس ووقف الامر الى أن يتبين وان مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة فيه وجهان أحدهما يرجع اليهم لانهم قائمون مقامه والثاني لا يرجع لانهم لا يملكون الطلاق فلم يرجع اليهم في البيان ومتى تعذر البيان أقرع بين النساء والاماء فان خرجت القرعة على الاماء عتقن وبقي النساء على الزوجية وان خرجت القرعة على النساء رق الاماء ولم تطلق النساء وقال أبو ثور تطلق النساء بالقرعة كما تعتق الاماء وهذا خطأ لان القرعة لها مدخل في العتق دون الطلاق ولهذا لو طلق احدى نسائه لم تطلق بالقرعة ولو أعتق أحد عبيده عتق بالقرعة فدخلت القرعة في العتق دون الطلاق كما يدخل الشاهد والمرأتان في السرقة لاثبات المال دون القطع ويثبت للنساء الميراث لانه لم يثبت بالقرعة ما يسقط الارث

﴿فصل﴾ وان طار طائر فقال رجل ان كان هذا الطائر غرابا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فعبدي حر ولم يعرف الطائر لم يعتق واحد من العبدين لانا نشك في عتق كل واحد منهما ولا يزال يقين الملك بالشك وان اشترى أحد الرجلين عبد الآخر عتق عليه لان امساكه للعبد اقرار بحرية عبد الآخر فاذا ملكه عتق عليه كالو شهد بعتق عبد ثم اشتراه

﴿فصل﴾ اذا اختلف الزوجان فادعت المرأة على الزوج أنه طلقها وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لان الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق وان اختلفا في عدده فادعت المرأة انه طلقها ثلاثا وقال الزوج طلقتها طلقة فالقول قول الزوج مع يمينه لان الاصل عدم ما زاد على طلقة

﴿فصل﴾ وان خيرها ثم اختلفا فقالت المرأة اخترت وقال الزوج ما اخترت فالقول قول الزوج مع يمينه لان الأصل عدم الاختيار وبقاء النكاح وان اختلفا في النية فقال الزوج ما نويت وقالت المرأة نويت ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله ان القول قول الزوج لان الاصل عدم النية وبقاء النكاح فصار كما لو اختلفا في الاختيار والثاني وهو الصحيح ان القول قول المرأة والفرق

بينه و بين الاختلاف فى الاختيار ان الاختيار يمكن اقامة البينة عليه فكان القول فيه قوله كما لو علق طلاقها بدخول الدار فادعت أنها دخلت وأنكر الزوج والنية لا يمكن اقامة البينة عليها فكان القول قولها كما لو علق الطلاق على حيضها فادعت أنها حاضت وأنكر

﴿فصل﴾ واذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق وادعى أنه أراد التأكيد وادعت المرأة أنه أراد الاستئناف فالقول قوله مع يمينه لانه اعترف بنيته وان قال الزوج أردت الاستئناف وقالت المرأة أردت التأكيد فالقول قول الزوج لما ذكرناه ولا يمين عليه لان اليمين تعرض ليخاف فيرجع ولو رجع لم يقبل رجوعه فلم يكن لعرض اليمين معنى

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق فى الشهر الماضى وادعى أنه أراد من زوج غيره فى نكاح قبله وأنكرت المرأة أن يكون قبله نكاح أو طلاق لم يقبل قول الزوج فى الحكم حتى يقيم البينة على النكاح والطلاق فان صدقته المرأة على ذلك لكنها أنكرت انه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه فان قال أردت انها طالق فى الشهر الماضى بطلاق كنت طلقتها فى هذا النكاح وكذبته المرأة فالقول قوله مع يمينه والفرق بينه و بين المسئلة قبلها ان هناك يريد أن يرفع الطلاق وههنا لا يرفع الطلاق وانما ينقله من حال الى حال

﴿فصل﴾ وان قال ان كان هذا الطائر غرابا فنسائى طوالق وان لم يكن غرابا فامائى حرائر ثم قال كان هذا الطائر غرابا طلقت النساء فان كذبه الاماء حلف لهن فان حلف ثبت رقهن وان نكل ردت اليمين عليهن فان حلفن ثبت طلاق النساء باقراره وعتق الاماء بنكوله ويمينهن فان صدقنه ولم يطلبن احلافه ففيه وجهان أحدهما يحلف لما فى العتق من حق الله عز وجل والثانى لا يحلف لانه لما أسقط العتق بتصديقهن سقط اليمين بترك مطالبتهن وان قال كان هذا الطائر غير غراب عتق الاماء فان كذبته النساء حلف لهن وان نكل عن اليمين ردت اليمين عليهن فان حلفن ثبت عتق الاماء باقراره وطلاق النساء بيمينهن ونكوله

﴿باب الرجعة﴾

اذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقة فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة لقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف والمراد به اذا قاربن أجلهن وروى ابن عباس رضى الله عنه عن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وراجعها وروى أن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعمر مرا بنك فليراجعها فان انقضت العدة لم يملك رجعتها لقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن فلو ملك رجعتها لما نهى الاولياء عن عضلهن عن النكاح فان طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف فعلق الرجعة على الاجل فدل على انها لا تجوز من غير أجل والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها

﴿فصل﴾ ويجوز ان يطلق الرجعية و يلاعنها و يولى منها و يظاهر منها لان الزوجية باقية وهل له أن يخالعها فيه قولان قال فى الام يجوز لبقاء النكاح وقال فى الاملاء لا يجوز لان الخلع للتحريم وهى محرمة فان مات أحدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية الى الموت ولا يجوز أن يستمتع بها لانها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختلعة فان وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر لانه وطء فى ملك قد تشعث فصار

كوطء الشبهة وان راجعها بعد الوطء فقد قال فى الرجعة عليه المهر وقال فى المرتد اذا وطئ امرأته فى العدة ثم أسلم انه لامهر عليه واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الاصطخرى الجواب فى كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجب المهر لانه وطء فى نكاح قد تشعث والثانى لايجب لان بالرجعة والاسلام قد زال التشعث فصار كالولم تطلق ولم يرتد وحمل أبو العباس وأبو اسحق المسألتين على ظاهرهما فقالا فى الرجعة يجب المهر وفى المرتد لايجب لان بالاسلام صار كأن لم يرتد و بالرجعة لايصير كأن لم تطلق لان ماوقع من الطلاق لم يرتفع ولان أمر المرتد مراعى فاذا رجع الى الاسلام تبينا أن النكاح بحاله ولهذا لو طلق وقف طلاقه فان أسلم حكم بوقوعه وان لم يسلم لم يحكم بوقوعه فاختلف أمرها فى المهر بين أن يرجع الى الاسلام و بين ان لايرجع وأمر الرجعية غير مراعى ولهذا لو طلق لم يقف طلاقه على الرجعة فلم يختلف أمرها فى المهر بين أن يراجع و بين أن لايراجع فاذا وطئها وجب عليها العدة لانه كوطء الشبهة و يدخل فيه بقية العدة الاولى لانهما من واحد

﴿فصل﴾ وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عز وجل و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك ولا تصح الرجعة الا بالقول فان وطئها لم تكن ذلك رجعة لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح وان قال راجعتك أو ارتجعتك صح لانه وردت به السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فان قال رددتك صح لانه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك وان قال أمسكتك ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يصح لانه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف والثانى أنه لايصح لان الرجعة رد والامساك يستعمل فى البقاء والاستدامة دون الرد وان قال تزوجتك أو نكحتك ففيه وجهان أحدهما يصح لانه اذا صح به النكاح وهو ابتداء الاباحة فلأن تصح به الرجعة وهو اصلاح لما تشعث منه أولى والثانى لايصح لانه صريح فى النكاح ولايجوز أن يكون صريحا فى حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا فى الطلاق لم يجز أن يكون صريحا فى الظهار وان قال راجعتك للمحبة وقال أردت به مراجعتك لمحبتى لك صح وان قال راجعتك لهوانك وقال أردت به انى راجعتك لاهينك بالرجعة صح لانه أتى بلفظ الرجعة و بين سبب الرجعة وان قال لم أرد الرجعة وانما أردت انى كنت أحبك قبل النكاح أو كنت أهينك قبل النكاح فرددتك بالرجعة الى المحبة التى كانت قبل النكاح أو الاهانة التى كانت قبل النكاح قبل قوله لانه يحتمل مايدعيه

﴿فصل﴾ وهل يجب الاشهاد عليها فيه قولان أحدهما يجب لقوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم ولانه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير اشهاد كالنكاح والثانى انه مستحب لانه لايفتقر الى الولى فلم يفتقر الى الاشهاد كالبيع

﴿فصل﴾ ولايجوز تعليقها على شرط فان قال راجعتك ان شئت فقالت شئت لم يصح لانه استباحة بضع فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح ولا يصح فى حال الردة وقال المزنى انه موقوف فان أسلمت صح كما يقف الطلاق والنكاح على الاسلام وهذا خطأ لانه استباحة بضع فلم يصح مع الردة كالنكاح و يخالف الطلاق فانه يجوز تعليقه على الشرط والرجعة لايصح تعليقها على الشرط وأما النكاح فانه يقف فسخه على الاسلام وأما عقده فلا يقف والرجعة كالعقد فيجب ان لا تقف على الاسلام

﴿فصل﴾ وان اختلف الزوجان فقال الزوج راجعتك وأنكرت المرأة فان كان ذلك قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج لانه يملك الرجعة فقبل اقراره فيها كما يقبل قوله فى طلاقها حين ملك الطلاق وان كان بعد انقضاء العدة فالقول قولها لان الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة وان اختلفا فى الاصابة

(قوله فى نكاح قد تشعث) أى قد تغير مأخوذ من شعث الرأس وهو اغبراره وتفرقه من ترك الامتشاط أمر الرجعة قال الازهرى الرجعة بعد الطلاق أكثر مايقال بالكسر والفتح جائز رجعة يقال جانى رجعه الكتاب أى جوابه (قوله غير مراعى) أى غير منتظر

فقال الزوج أصبتك فلى الرجعة وأنكرت المرأة فالقول قولها لان الاصل عدم الاصابة ووقوع الفرقة

﴿فصل﴾ فان طلقها طلقة رجعية وغاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى أنه راجعها قبل انقضاء العدة فله ان يخاصم الزوج الثانى وله ان يخاصم الزوجة فان بدأ بالزوج نظرت فان صدقه سقط حقه من النكاح ولا تسلم المرأة اليه لان اقراره يقبل على نفسه دونها وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الرجعة فان حلف سقط دعوى الاول وان نكل ردت اليمين عليه فان حلف وقلنا ان يمينه مع نكول المدعى عليه كالبينة حكمنا بانه لم يكن بينهما نكاح فان كان قبل الدخول لم يلزمه شئ وان كان بعد الدخول لزمه مهر المثل وان قلنا انه كالاقرار لم يقبل اقراره فى اسقاط حقها فان دخل بها لزمه المسمى وان لم يدخل بها لزمه نصف المسمى ولا تسلم المرأة الى الزوج الاول على القولين لانا جعلناه كالبينة أو كالاقرار فى حقه دون حقها وان بدأ بخصومة الزوجة فصدقته لم تسلم اليه لانه لا يقبل اقرارها على الثانى كما لا يقبل اقراره عليها ويلزمها المهر لانها أقرت انها حالت بينه وبين بضعها فان زال حق الثانى بطلاق أو فسخ أو وفاة ردت الى الاول لان المنع لحق الثانى وقد زال وان كذبته فالقول قولها وهل تحلف على ذلك فيه قولان أحدهما لا تحلف لان اليمين تعرض عليها لتخاف فتقر ولو أقرت لم يقبل اقرارها فلم يكن فى تحليفها فائدة والثانى تحلف لان فى تحليفها فائدة وهو انها ربما أقرت فيلزمها المهر وان حلفت سقطت دعواه وان نكلت ردت اليمين عليه فاذا حلف حكم له بالمهر

﴿فصل﴾ اذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحبلت من الزوج ووضعت وشرعت فى اتمام العدة من الاول وراجعها صحت الرجعة لانه راجعها فى عدته فان راجعها قبل الوضع ففيه وجهان أحدهما لا يصح لانها فى عدة من غيره فلم يملك رجعتها والثانى يصح بما بقى عليها من عدته لان حكم الزوجية باق وانما حرمت لعارض فصار كما لو أحرمت

﴿فصل﴾ اذا طلق الحر امرأته ثلاثا أو طلق العبد امرأته طلقتين حرمت عليه ولا يحل له نكاحها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها والدليل عليه قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وروت عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى طلق امرأته بت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن ابن الزبير فجاءت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله انى كنت عند رفاعة وطلقنى ثلاث تطليقات فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وانه والله مامعه يارسول الله الا مثل هذه الهدبة فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لعلك تريدين أن ترجعى الى رفاعة لا والله حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك ولا تحل الا بالوطء فى الفرج فان وطئها فيما دون الفرج أو وطئها فى الموضع المكروه لم تحل لان النبى صلى الله عليه وسلم علق على ذوق العسيلة وذلك لا يحصل الا بالوطء فى الفرج وأدنى الوطء ان يغيب الحشفة فى الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه فان أولج الحشفة فى الفرج من غير انتشار لم تحل لان النبى صلى الله عليه وسلم علق الحكم بذوق العسيلة وذلك لا يحصل من غير انتشار وان كان بعض الذكر مقطوعا فعلى ماذكرناه فى الرد بالعيب فى النكاح وان كان مسلولا أحل بوطئه لانه فى الوطء كالفحل وأقوى منه ولم يفقد الا الانزال وذلك غير معتبر فى الاحلال وان كان مراهقا أحل لانه كالبالغ فى الوطء وان وطئت وهى نائمة أو مجنونة أو استدخلت هى ذكر الزوج وهو نائم أو مجنون أو وجدها على فراشه فظنها غيرها فوطئها حلت لانه وطء صادف النكاح

﴿فصل﴾ فان رآها رجل أجنبى فظنها زوجته فوطئها أو كانت أمة فوطئها مولاها لم تحل لقوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره وان وطئها الزوج فى نكاح فاسد كالنكاح بلا ولى ولا شهود أو فى نكاح شرط فيه انه اذا أحلها للزوج الاول فلا نكاح بينهما ففيه قولان أحدهما انه لا يحلها لانه وطء فى

(قوله مثل هذه الهدبة) الهدبة الخملة وضم الدال لغة وهو ما يترك فى طرف الثوب غير منسوج شبهت مامعه بالهدبة لاسترخائه وضعفه (قوله تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك) كنى به عن الجماع شبه حلاوته بحلاوة العسل وانما أنث لانه أراد قطعة من العسل كما قالوا ذو الثدية أرادوا قطعة من الثدى وقيل تصغير عسلة من قولهم كنا فى لحيمة ونبيذة وعسيلة وانما صغر اشارة الى القدر الذى يحل (قوله الرجعية) بكسر الراء وكان القياس فتحها منسوب الى الرجعة ولكن النسب موضع شذوذ ويقال رجعة بالكسر والفتح فنسب اليهما

نكاح غير صحيح فلم تحل كوطء الشبهة والثانى انه يحلها لما روى عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المحلل والمحلل له فسماه محللا ولانه وطء فى نكاح فاشبه الوطء فى النكاح الصحيح

﴿فصل﴾ وان كانت المطلقة أمة فملكها الزوج قبل ان ينكحها زوج غيره فالمذهب انها لا تحل لقوله عز وجل فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولان الفرج لا يجوز أن يكون محرما عليه من وجه مباحا من وجه ومن أصحابنا من قال يحل له وطؤها لان الطلاق يختص بالزوجية فأثر التحريم فى الزوجية

﴿فصل﴾ وان طلق امرأته ثلاثا وتفرقا ثم ادعت المرأة انها تزوجت بزوج أحلها جاز له أن يتزوجها لانها مؤتمنة فيما تدعيه من الاباحة فان وقع فى نفسه انها كاذبة فالاولى ان لا يتزوجها احتياطا

﴿فصل﴾ وان تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج وادعت عليه انه أصابها وأنكر الزوج لم يقبل قولها على الزوج الثانى فى الاصابة ويقبل قولها فى الاباحة للزوج الاول لانها تدعى على الزوج الثانى حقا وهو استقرار المهر ولا تدعى على الاول شيأ وانما تخبره عن امر هى فيه مؤتمنة فقبل وان كذبها الزوج الاول فيما تدعيه على الثانى من الاصابة ثم رجع فصدقها جاز له أن يتزوجها لانه قد لا يعلم انه أصابها ثم يعلم بعد ذلك وان ادعت على الثانى انه طلقها وأنكر الثانى لم يجز للاول نكاحها لانه اذا لم يثبت الطلاق فهى باقية على نكاح الثانى فلا يحل للاول نكاحها ويخالف اذا اختلفا فى الاصابة بعد الطلاق لانه ليس لاحد حق فى بضعها فقبل قولها

﴿فصل﴾ اذا عادت المطلقة ثلاثا الى الاول بشروط الاباحة ملك عليها ثلاث تطليقات لانه قد استوفى ما كان يملك من الطلاق الثلاث فوجب أن يستأنف الثلاث فان طلقها طلقة أو طلقتين فتزوجت بزوج آخر فوطئها ثم أبانها رجعت الى الاول بما بقى من عدد الطلاق لانها عادت قبل استيفاء العدد فرجعت بما بقى كما لو رجعت قبل أن تنكح زوجا غيره

﴿كتاب الايلاء﴾

يصح الايلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وأما الصبى والمجنون فلا يصح الايلاء منهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه قول يختص بالزوجية فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق وأما من لا يقدر على الوطء فان كان بسبب يزول كالمريض والمحبوس صح ايلاؤه وان كان بسبب لا يزول كالمجبوب والاشل ففيه قولان أحدهما يصح ايلاؤه لان من صح ايلاؤه اذا كان قادرا على الوطء صح ايلاؤه اذا لم يقدر كالمريض والمحبوس والثانى قاله فى الام لا يصح ايلاؤه لانه يمين على ترك ما لا يقدر عليه بحال فلم يصح كما لو حلف لا يصعد السماء ولان القصد بالايلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه لانه ممنوع من غير يمين ويخالف المريض والمحبوس لانهما يقدران عليه اذ زال المرض والحبس فصح منهما المنع باليمين والمجبوب والاشل لا يقدران بحال

﴿فصل﴾ ولا يصح الايلاء الا بالله عز وجل وهل يصح بالطلاق والعتاق والصوم والصلاة وصدقة المال فيه قولان قال فى القديم لا يصح لانه يمين بغير الله عز وجل فلم يصح به الايلاء كاليمين بالنبى صلى الله عليه وسلم والكعبة وقال فى الجديد يصح وهو الصحيح لانه يمين يلزمه بالحنث فيها حق فصح به الايلاء كاليمين بالله عز وجل فاذا قلنا بهذا فقال ان وطئتك فعبدى حر فهو مول وان قال ان وطئتك فلله على أن أعتق رقبة فهو مول وان قال ان وطئتك فأنت طالق أو امرأتى الاخرى طالق فهو مول وان قال ان وطئتك فعلى أن أطلقك أو أطلق امرأتى الاخرى لم يكن موليا لانه لا يلزمه بالوطء شئ وان

﴿باب الايلاء﴾ الايلاء هو اليمين آلى يولى ايلاء وألية اذا حلف فهو مول وجمعه ألايا قال طرفة
فآليت لا ينفك كشحى بطانة
لعضب رقيق الشفرتين مهند
وقال فى الجمع
قليل الألايا حافظ ليمينه * وان سبقت منه الالية برت
ويقال تألى يتألى وكذا ائتلى يأتلى قال الله تعالى ولا يأتل أولوا الفضل منكم وتألى يتألى ومنه الحديث من يتأل على الله يكذبه

قال ان وطئتك فأنت زانية لم يكن موليالانه لايلزمه بالوطء حق لانه لايصير بوطئها قاذفالان القذف لايتعلق بالشرط لانه لايجوز أن تصير زانية بوطء الزوج كمالا تصير زانية بطلوع الشمس واذالم يصر قاذفالم يلزمه بالوطء حق فلم يجز أن يكون مولياوان قال ان وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا لان المولى هوالذى يلزمه بالوطء بعدأربعة أشهر حق أو يلحقه ضرروهذا يقدرعلى وطئها بعد أربعة أشهر من غيرضرر يلحقه ولاحق يلزمه لان صوم شهر مضى لايلزمه كما لوقال ان وطئتك فعلى صوم أمس وان قال ان وطئتك فسالم حر عن ظهارى وهومظاهر فهومول وقال المزنى لايصير موليا لان ماوجب عليه لايتعين بالنذر كما لوقال ان وطئتك فعلى أن أصوم اليوم الذى على من قضاء رمضان فى يوم الاثنين وهذا خطألانه يلزمه بالوطء حق وهواعتاق هذا العبد وأما الصوم فقد حكى أبو على بن أبى هريرة فيه وجها آخر أنه يتعين بالنذر كالعتق والذى عليه أكثر أصحابنا وهو المنصوص فى الام انه لايتعين والفرق بينهما أن الصوم الواجب لاتتفاضل فيه الايام والرقاب تتفاضل أثمانها وان قال ان وطئتك فعبدى حر عن ظهارى ان ظاهرت لم يكن موليا فى الحال لانه يمكنه أن يطأها فى الحال ولايلزمه شئ لانه يقف العتق بعد الوطء على شرط آخر فهو كما لوقال ان وطئتك ودخلت الدار فعبدى حر وان ظاهر منها قبل الوطء صار موليالانه لايمكنه أن يطأها فى مدة الايلاء الابحق يلزمه فصار كما لوقال ان وطئتك فعبدى حر

﴿فصل﴾ ولايصح الايلاء الاعلى ترك الوطء فى الفرج فان قال والله لاوطئتك فى الدبر لم يكن موليا لان الايلاء هواليمين التى يمنع بها نفسه من الجماع والوطء فى الدبر ممنوع منه من غير يمين ولان الايلاء هواليمين التى يقصد بها الاضرار بترك الوطء والوطء الذى يلحق الضرر بتركه هوالوطء فى الفرج وان قال والله لاوطئتك فيما دون الفرج لم يكن موليا لانه لاضرر فى ترك الوطء فيمادون الفرج

﴿فصل﴾ وان قال والله لاأنيكك فى الفرج أووالله لاأغيب ذكرى فى فرجك أووالله لاأفتضك بذكرى وهى بكر فهومول فى الظاهر والباطن لانه صريح فى الوطء فى الفرج وان قال والله لاجامعتك أولاوطئتك فهومول فى الحكم لان اطلاقه فى العرف يقتضى الوطء فى الفرج وان قال أردت بالوطء وطء القدم وبالجماع الاجتماع بالجسم دين فيه لانه يحتمل مايدعيه وان قال والله لاأفتضك ولم يقل بذكرى ففيه وجهان أحدهما أنه صريح كالقسم الاول والثانى أنه صريح فى الحكم كالقسم الثانى لانه يحتمل الافتضاض بغيرذكره وان قال والله لادخلت عليك أولاتجتمع رأسى ورأسك أولاجمعنى وإياك بيت فهوكناية فان نوى به الوطء فى الفرج فهومول وان لم تكن له نية فليس بمول لانه يحتمل الجماع وغيره فلم يحمل على الجماع من غيرنية كالكنايات فى الطلاق وان قال والله لاباشرتك أولامسستك أولاأفضى اليك ففيه قولان قال فى القديم هومول لانه ورد به القرآن بهذه الالفاظ والمراد بها الوطء فان نوى به غيرالوطء دين لانه يحتمل مايدعيه وقال فى الجديد لايكون موليا الابالنية لانه مشترك بين الوطء وغيره فلم يحمل على الوطء من غيرنية كقوله لا اجتمع رأسى ورأسك واختلف أصحابنا فى قوله لاأصيبك أولالمستك أولاغشيتك أولاباضعتك فمنهم من قال هوكقوله لاباشرتك أولامسستك فيكون على قولين ومنهم من قال هوكقوله لااجتمع رأسى ورأسك فان نوى به الوطء فى الفرج فهومول وان لم يكن له نية فليس بمول وان قال والله لاغيبت الحشفة فى الفرج فهومول لان تغيب مادون الحشفة ليس بجماع ولايتعلق به أحكام الجماع فصار كما لوقال والله لاوطئتك وان قال والله لاجامعتك الاجماع سوء فان أراد به لاجامعتك الا فى الدبر أوفيما دون الفرج فهومول لانه منع نفسه من الجماع فى الفرج فى مدة الايلاء وان اراد به لاجامعتك

(قوله لاافتضك) الاقتضاض بالقاف جماع البكر والقضة بالكسر بكارة الجارية

(قوله لاباضعتك) قال فى الشامل قال أبو حنيفة هو مشتق من البضع وهو الفرج فيكون صريحا ودليلنا أنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعة من البدن بالبضعة منه والبضعة القطعة من اللحم ومنه الحديث فاطمة بضعة منى وقيل البضع هو الاسم من باضع اذا جامع

الاجماع ضعيفا لم يكن موليا لان الجماع الضعيف كالقوى فى الحكم فكذلك فى الايلاء

﴿فصل﴾ ولا يصح الايلاء الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر حرا كان الزوج أو عبدا حرة كانت الزوجة أو أمة فان آلى على مادون أربعة أشهر لم يكن موليا لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فدل على انه لا يصير بمادونه موليا ولان الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر والدليل عليه ماروى أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينة فسمع امرأة تقول

ألا طال هذا الليل وازور جانبه * وليس الى جنبى خليل ألاعبه

فوالله لولا الله لاشئ غيره * لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربى والحياء يكفنى * وأكرم بعلى أن تنال مراكبه

فسأل عمر رضى الله عنه النساء كم تصبر المرأة عن الزوج فقلن شهرين وفى الثالث يقل الصبر وفى الرابع يفقد الصبر فكتب عمر الى أمراء الاجناد أن لا تحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر وان آلى على أربعة أشهر لم يكن موليا لان المطالبة بالفيئة أو الطلاق بعد أربعة أشهر فاذا آلى على أربعة أشهر لم يبق بعدها ايلاء فلا تصح المطالبة من غير ايلاء

﴿فصل﴾ وان قال والله لا وطئتك فهو مول لانه يقتضى التأبيد وان قال والله لا وطئتك مدة أو والله ليطولن عهدك بجماعى فان أراد مدة تزيد على أربعة أشهر فهو مول وان لم يكن له نية لم يكن موليا لانه يقع على القليل والكثير فلا يجعل موليا من غير نية وان قال والله لا وطئتك خمسة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك سنة فهما ايلا آن فى زمانين لا يدخل أحدهما فى الآخر فيكون موليا فى كل واحد منهما لا يتعلق أحدهما بالآخر فى حكم من أحكام الايلاء واذا انقضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما فى زمان فانفرد كل واحد منهما عن الآخر فى الحكم وان قال والله لا وطئتك خمسة أشهر ثم قال والله لا وطئتك سنة دخلت المدة الاولى فى الثانية كما اذا قال له على مائة ثم قال له على ألف دخلت المائة فى الالف فيكون ايلاء واحدا الى سنة بيمين فيضرب لهما مدة واحدة و يوقف لهما وقفا واحدا فان وطئ بعد الخمسة الاشهر حنث فى يمين واحدة فيجب عليه كفارة واحدة وان وطئ فى الخمسة الاشهر حنث فى يمينين فيجب عليه فى أحد القولين كفارة وفى الثانى كفارتان وان قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان أحدهما وهو الصحيح أنه ليس بمول لان كل واحد من الزمانين أقل من مدة الايلاء والثانى أنه مول لانه منع نفسه من وطئها ثمانية أشهر فصار كما لو جمعها فى يمين واحدة

﴿فصل﴾ وان قال ان وطئتك فوالله لا وطئتك ففيه قولان قال فى القديم يكون موليا فى الحال لان المولى هو الذى يمتنع من الوطء خوف الضرر وهذا يمتنع من الوطء خوفا من أن يطأها فيصير موليا فعلى هذا اذا وطئها صار موليا وذلك ضرر وقال فى الجديد لا يكون موليا فى الحال لانه يمكنه أن يطأها من غير ضرر يلحقه فى الحال فلم يكن موليا فعلى هذا اذا وطئها صار موليا لانه يبقى يمين يمنع الوطء على التأبيد وان قال والله لا وطئتك فى السنة الا مرة صار موليا فى قوله القديم ولا يكون موليا فى الحال فى قوله الجديد فان وطئها نظرت فان لم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر لم يكن موليا وان بقى أكثر من أربعة أشهر صار موليا

﴿فصل﴾ وان علق الايلاء على شرط يستحيل وجوده بأن يقول والله لا وطئتك حتى تصعدى الى السماء أو تصافحى الثريا فهو مول لان معناه لا وطئتك أبدا وان علق على مالا يتيقن أنه لا يوجد الا بعد أربعة أشهر مثل أن يقول والله لا وطئتك الى يوم القيامة أو لى أن أخرج من بغداد الى الصين

(قوله تربص أربعة أشهر) التربص التلبث والمكث والانتظار (قوله وازور جانبه) أى بعد صاحبه يقال بئر زوراء أى بعيدة الغور والزورة البعد وهو من الازورار قال الشاعر

وماء وردت على زورة * كمشى السبنتى يراح الشفيفا

(قوله حليل الاعبه) اشتقاق الحليل امامن الحل ضد الحرام وامامن حلولهما على الفراش (قوله لزعزع) الزعزعة تحريك الشئ وزعزعته فتزعزع أى حركته فتحرك (قوله وقف لها) من وقفت الدابة أقفها اذا منعتها من المشى (قوله حتى تصافحى الثريا) المصافحة الاخذ باليد والتصافح مثله ومنه الحديث اذا التقى المسلمان فتصافحا

وأعود فهو مول لان القيامة لاتقوم الا في مدة تزيد على أربعة أشهر لان لها شرائط تتقدمها وتتيقن أنه لايقدر أن يخرج من بغداد الى الصين ويعود الا في مدة تزيد على أربعة أشهر وان علق على شرط الغالب على الظن أنه لايوجد الا في الزيادة على أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يخرج الدجال أو حتى يجيء زيد من خراسان ومن عادة زيد أن لايجيء الا مع الحاج وقد بقي على وقت عادته زيادة عن أربعة أشهر فهو مول لان الظاهر أنه لايوجد شيء من ذلك الا في مدة تزيد على أربعة أشهر وان علق على أمر يتيقن وجوده قبل أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يذبل هذا البقل أو يجف هذا الثوب فليس بمول لانا نتيقن أن ذلك يوجد قبل أربعة أشهر وان علقه على أمر الغالب على الظن أنه يوجد قبل أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يجيء زيد من القرية وعادته أنه يجيء في كل جمعة لصلاة الجمعة أو لحمل الحطب لم يكن موليا لان الظاهر أنه يوجد قبل مدة الايلاء وان جاز أن يتأخر لعارض وان قال والله لاوطئتك حتى أموت أو تموتي فهو مول لان الظاهر بقاؤهما وان قال والله لاوطئتك حتى يموت فلان فهو مولي ومن أصحابنا من قال ليس بمول والصحيح هو الاول لان الظاهر بقاؤه ولانه لو قال ان وطئتك فعبدي حر كان موليا على قوله الجديد وان جاز أن يموت العبد قبل أربعة أشهر

﴿فصل﴾ وان قال والله لاوطئتك في هذا البيت لم يكن موليا لانه يمكنه أن يطأها من غير حنث ولانه لاضرر عليها في ترك الوطء في بيت بعينه وان قال والله لاوطئتك الا برضاك لم يكن موليا لما ذكرناه من التعليلين وان قال والله لاوطئتك ان شئت فقالت في الحال شئت كان موليا وان أخرت الجواب لم يكن موليا على ماذكرناه في الطلاق

﴿فصل﴾ وان قال لاربع نسوة والله لاوطئتكن لم يصر موليا حتى يطأ ثلاثا منهن لانه يمكنه أن يطأ ثلاثا منهن من غير حنث فلم يكن موليا وان وطئ ثلاثا منهن صار موليا من الرابعة لانه لايمكنه وطؤها الا بحنث ويكون ابتداء المدة من الوقت الذي تعين فيه الايلاء وان طلق ثلاثا منهن كان الايلاء موقوفا في الرابعة لايتعين فيها لانه يقدر على وطئها من غير حنث ولا يسقط منها لانه قد يطأ الثلاث المطلقات بنكاح أو سفاح فيتعين الايلاء في الرابعة لانه يحنث بوطئها والوطء المحظور كالمباح في الحنث ولهذا قال في الام ولو قال والله لاوطئتك وفلانة الاجنبية لم يكن موليا من امرأته حتى يطأ الاجنبية وان ماتت من الاربع واحدة سقط الايلاء في الباقيات لانه قد فات الحنث في الباقيات لان الوطء في الميتة قد فات ولان الايلاء على الوطء واطلاق الوطء لايدخل فيه وطء الميتة ويدخل فيه الوطء المحرم وان قال لاربع نسوة والله لاوطئت واحدة منكن وهو يريد كلهن صار موليا في الحال لانه يحنث بوطء كل واحدة منهن ويكون ابتداء المدة من حين اليمين فأيتهن طالبت وقف لها فان طلقها وجاءت الثانية وقف لها فان طلقها وجاءت الثالثة وقف لها فان طلقها وجاءت الرابعة وقف لها فان طالبت الاولى فوطئها حنث وسقط الايلاء فيمن بقي لانه لايحنث بوطئهن بعد حنثه بوطء الاولى وان طلق الاولى ووطئ الثانية سقط الايلاء في الثالثة والرابعة وان طلق الاولى والثانية ووطئ الثالثة سقط الايلاء في الرابعة وحدها وان قال والله لاوطئت واحدة منكن وأراد واحدة بعينها تعين الايلاء فيها دون من سواها ويرجع في التعيين الى بيانه لانه لايعرف الا من جهته فان عين واحدة وصدقته الباقيات تعين فيها وان كذبه الباقيات حلف لهن فان نكل حلفن وثبت فيهن حكم الايلاء بنكوله وايمانهن وان قال والله لاوطئت واحدة منكن وهو يريد واحدة لابعينها فله أن يعين فيمن شاء ويؤخذ بالتعيين اذا طالبن ذلك فاذا عين في واحدة منهن لم يكن للباقيات مطالبة وفي ابتداء المدة

(قوله لان لها أشراطا تتقدمها) أي علامات قال الله تعالى فقد جاء أشراطها (قوله حتى يذبل هذا البقل) ذبل يذبل ذبولا اذا جف ويبس والبقل معروف وكل نبت اخضرت له الارض فهو بقل

وجهان أحدهما من وقت اليمين والآخر من وقت التعيين كما قلنا في العدة في الطلاق اذا أوقعه في احداهن لا بعينها ثم عينه في واحدة منهن وان قال والله لا أصبت كل واحدة منكن فهو مول من كل واحدة منهن وابتداء المدة من حين اليمين فان وطئ واحدة منهن حنث ولم يسقط الايلاء في الباقيات لانه يحنث بوطء كل واحدة منهن

﴿فصل﴾ وان كانت له امرأتان فقال لاحداهما والله لا أصبتك ثم قال للأخرى أشركتك معها لم يصر مولياً من الثانية لان اليمين بالله عز وجل لا تصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم يصح بها اليمين بالله عز وجل وان قال لاحداهما ان أصبتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى صار مولياً لان الطلاق يصح بالكناية

﴿فصل﴾ واذا صح الايلاء لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وابتداء المدة من حين اليمين لانها ثبتت بالنص والاجماع فلم تفتقر الى الحاكم كمدة العدة فان آلى منها وهناك عذر يمنع من الوطء نظرت فان كان لمعنى في الزوجة بان كانت صغيرة أو مريضة أو ناشزة أو مجنونة أو محرمة أو صائمة عن فرض أو معتكفة عن فرض لم تحسب المدة وان طرأ شيء من هذه الاعذار في أثناء المدة انقطعت المدة لان المدة انما نظرت لامتناع الزوج من الوطء وليس في هذه الاحوال من جهته امتناع فان زالت هذه الاعذار استؤنفت المدة لان من شأن هذه المدة أن تكون متوالية فاذا انقطعت استؤنفت كصوم الشهرين المتتابعين فان كانت حائضاً حسبت المدة فان طرأ الحيض في أثنائها لم تنقطع لان الحيض عذر معتاد لا ينفك منه فلو قلنا انه يمنع الاحتساب اتصل الضرر وسقط حكم الايلاء وهذا لا يقطع التتابع في صوم الشهرين المتتابعين وان كانت نفساء ففيه وجهان أحدهما انه يحتسب المدة لانه كالحيض في الاحكام فكذلك في الايلاء والثاني لا يحتسب واذا طرأ قطع لانه عذر نادر فهو كسائر الاعذار وان كان العذر لمعنى في الزوج بان كان مريضاً أو مجنوناً أو غائباً أو مجبوباً أو محرماً أو صائماً عن فرض أو معتكفاً عن فرض حسبت المدة فان طرأ شيء من هذه الاعذار في أثناء المدة لم تنقطع لان الامتناع من جهته والزوجية باقية فحسبت المدة عليه وان آلى في حال الردة أو في عدة الرجعية لم تحتسب المدة وان طرأت الردة أو الطلاق الرجعي في أثناء المدة انقطعت لان النكاح قد تشعث بالطلاق والردة فلم يكن للامتناع حكم وان أسلم بعد الردة أو راجع بعد الطلاق وبقيت مدة التربص استؤنفت المدة لما ذكرناه

﴿فصل﴾ اذا طلقها في مدة التربص انقطعت المدة ولم يسقط الايلاء فان راجعها وقد بقيت مدة التربص استؤنفت المدة فان وطئها حنث في اليمين وسقط الايلاء لانه أزال الضرر وان وطئها وهي نائمة أو مجنونة حنث في يمينه وسقط الايلاء وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث في يمينه لارتفاع القلم عنه وهل يسقط حقها فيه وجهان أحدهما يسقط لانها وصلت الى حقها والثاني لا يسقط لان حقها في فعله لا في فعلها وان وطئها وهو مجنون لم يحنث لارتفاع القلم عنه وهل يسقط حقها فيه وجهان أحدهما يسقط وهو الظاهر من المذهب لانها قد وصلت منه الى حقها وان لم يقصد فسقط حقها كما لو وطئها وهو يظن أنها امرأة أخرى والثاني وهو قول المزني انه لا يسقط حقها لانه لا يحنث به فلم يسقط به الايلاء

﴿فصل﴾ وان وطئها وهناك مانع من احرام أو صوم أو حيض سقط به حقها من الايلاء لانها وصلت منه الى حقها وان كان محرم

﴿فصل﴾ وان لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدة نظرت فان لم يكن عذر يمنع الوطء ثبت لها المطالبة بالفيئة أو الطلاق لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وان كانت الزوجة أمة لم يجز للمولى المطالبة وان كانت مجنونة لم يكن لوليها المطالبة لان المطالبة بالطلاق أو الفيئة طريقها الشهوة فلا يقوم الولي فيه مقامها والمستحب أن يقول له في المجنونة اتق الله في حقها فاما أن تفيء اليها أو تطلقها وان ثبتت لها المطالبة فعفت عنها الزوجة جاز لها أن ترجع وتطالب لانها انما ثبت لها المطالبة لدفع الضرر بترك الوطء وذلك يتجدد مع الاحوال فجاز لها الرجوع كالو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ وان طولب بالفيئة فقال أمهلوني ففيه قولان أحدهما يمهل ثلاثة أيام لانه قريب والدليل عليه قوله عز وجل ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب فعقروها فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب ولهذا قدر به الخيار في البيع والثاني يمهل قدر ما يحتاج اليه للتأهب للوطء فان كان ناعسا أمهل الى أن ينام وان كان جائعا أمهل الى أن يأكل وان كان شبعانا أمهل الى أن يخف وان كان صائما أمهل الى أن يفطر لانه حق حل عليه وهو قادر على ادائه فلم يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال

﴿فصل﴾ وان وطئها في الفرج فقد أوفاها حقها ويسقط الايلاء وأدناه أن تغيب الحشفة في الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به وان وطئها في الموضع المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يعتد به لان الضرر لا يزول الا بالوطء في الفرج فان وطئها في الفرج فان كانت اليمين بالله تعالى فهل تلزمه الكفارة فيه قولان قال في القديم لا تلزمه لقوله عز وجل فان فاؤا فان الله غفور رحيم فعلق المغفرة بالفيئة فدل على أنه قد استغنى عن الكفارة وقال في الجديد تلزمه الكفارة وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ولانه حلف بالله تعالى وحنث فلزمته الكفارة كالو حلف على ترك صلاة فصلاها واختلف أصحابنا في موضع القولين فنهم من قال القولان فيمن جامع وقت المطالبة فاما اذا وطئ في مدة التربص فانه يجب عليه الكفارة قولا واحدا لان بعد المطالبة الفيئة واجبة فلا يجب بها كفارة كالحلق عند التحلل ومنهم من قال القولان في الحالين ويخالف كفارة الحج فانها تجب بالمحظور والحلق المحظور هو الحلق في حال الاحرام وأما الحلق عند التحلل فهو نسك وليس كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث والحنث الواجب كالحنث بالمحظور في ايجاب الكفارة وان كان الايلاء على عتق وقع بنفس الوطء لانه عتق معلق على شرط فوقع بوجوده وان كان على نذر عتق أو نذر صوم أو صلاة أو التصدق بمال فهو بالخيار بين ان يفي بما نذر وبين أن يكفر كفارة يمين لانه نذر نذرا على وجه اللجاج والغضب فيخير فيه بين الكفارة وبين الوفاء بما نذر وان كان الايلاء على الطلاق الثلاث طلقت ثلاثا لانه طلاق معلق على شرط فوقع بوجوده وهل يمنع من الوطء أم لا فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن خيران انه يمنع من وطئها لانها تطلق قبل أن ينزع فنمنع منه كما يمنع في شهر رمضان أن يجامع وهو يخشى أن يطلع الفجر قبل أن ينزع والثاني وهو المذهب انه لا يمنع لان الايلاج صادف النكاح والذي يصادف غير النكاح هو النزع وذلك ترك الوطء وما تعلق التحريم بفعله لا يتعلق بتركه ولهذا لو قال لرجل ادخل داري ولا تقم فيها جاز أن يدخل ثم يخرج وان كان الخروج في حال الحظر وأما مسئلة الصوم فقد ذكر بعض أصحابنا انها على وجهين أحدهما انه لا يمنع فلا فرق بينها وبين مسألتنا فعلى هذا لا يزيد على تغييب الحشفة في الفرج ثم ينزع فان زاد على ذلك أو استدام لم يجب عليه الحد لانه وطء اجتمع فيه التحليل

(قوله الفيئة) هي الرجوع فاء يفيء اذا رجع قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم أي فان رجعوا ومنه الفيء الذي هو الظل والفيء الغنيمة أصله كله الرجوع وكله مهموز (قوله على وجه اللجاج والغضب) اللجاج والملاجة التي تودي الى الخصومة وتطويلها

والتحريم

والتحريم فلم يجب به الحد وهل يجب به المهر فيه وجهان أحدهما يجب كما تجب الكفارة على الصائم اذا أولج قبل الفجر واستدام بعد طلوعه والثانى لا يجب لان ابتداء الوطء يتعلق به المهر الواجب بالنكاح لان المهر فى مقابلة كل وطء يوجد فى النكاح وقد تكون مفوضة فيجب عليه المهر بتغييب الحشفة فلو أوجبنا بالاستدامة مهرا أدى الى ايجاب مهرين بايلاج واحد وليس كذلك الكفارة فانها لا تتعلق بابتداء الجماع فلا يؤدى ايجابها فى الاستدامة الى ايجاب كفارتين بايلاج واحد وان نزع ثم أولج نظرت فان كانا جاهلين بالتحريم بان اعتقدا ان الطلاق لا يقع الا باستكمال الوطء لم يجب عليهما الحد للشبهة فعلى هذا يجب المهر وان كانا عالمين بالتحريم ففى الحد وجهان أحدهما انه يجب لانه ايلاج مستأنف محرم من غير شبهة فوجب به الحد كالايلاج فى الاجنبية فعلى هذا لا يجب المهر لانها زانية والثانى لا يجب الحد لان الايلاجات وطء واحد فاذا لم يجب فى أوله لم يجب فى اتمامه فعلى هذا يجب لها المهر وان علم الزوج بالتحريم وجهلت الزوجة أو علمت ولم تقدر على دفعه لم يجب عليها الحد ويجب لها المهر وفى وجوب الحد على الزوج وجهان وان كان الزوج جاهلا بالتحريم وهى عالمة ففى وجوب الحد عليها وجهان أحدهما يجب فعلى هذا لا يجب لها المهر والثانى لا يجب فعلى هذا يجب لها المهر

﴿فصل﴾ وان طلق فقد سقط حكم الايلاء وبقيت اليمين فان امتنع ولم يف ولم يطلق ففيه قولان قال فى القديم لا يطلق عليه الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق لمن أخذ بالساق ولان ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه فى الاختيار كما لو أسلم وتحته أختان فعلى هذا يحبس حتى يطلق أو يفى كما يحبس اذا امتنع من اختيار احدى الاختين وقال فى الجديد يطلق الحاكم عليه لان ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين فعلى هذا يطلق عليه طلقة وتكون رجعية وقال أبو ثور تقع طلقة بائنة لانها فرقة لدفع الضرر لفقد الوطء فكانت بائنة كفرقة العنين وهذا خطأ لانه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق من غير ايلاء ويخالف فرقة العنين فان تلك الفرقة فسخ وهذا طلاق فاذا وقع الطلاق ولم يراجع حتى بانت ثم تزوجها والمدة باقية فهل يعود الايلاء على ماذكرناه فى عود اليمين فى النكاح الثانى فان قلنا يعود فان كانت المدة باقية استؤنفت مدة الايلاء ثم طولب بعد انقضائها بالفيئة أو الطلاق فان راجعها والمدة باقية استؤنفت المدة وطولب بالفيئة أو الطلاق وعلى هذا الى ان يستوفى الثلاث فان عادت اليه بعد استيفاء الثلاث والمدة باقية فهل يعود الايلاء على قولين

﴿فصل﴾ وان انقضت المدة وهناك عذر يمنع الوطء نظرت فان كان لمعنى فيها كالمرض والجنون الذى لا يخاف منه أو الاغماء الذى لا تمييز معه أو الحبس فى موضع لا يصل اليه أو الاحرام أو الصوم الواجب أو الحيض أو النفاس لم يطالب لان المطالبة تكون مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الاحوال فلم تجز المطالبة به وان كان العذر من جهته نظرت فان كان مغلوبا على عقله لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه جواب فان كان مريضا مرضا يمنع الوطء أو محبوسا بغير حق حبسا يمنع الوصول اليه طولب ان يفىء فيئة المعذور بلسانه وهو ان يقول لست أقدر على الوطء ولو قدرت لفعلت فاذا قدرت فعلت وقال أبو ثور لا يلزمه الفيئة باللسان لان الضرر بترك الوطء لا يزول بالفيئة باللسان وهذا خطأ لان القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك القصد الى الاضرار بما أتى به من الاعتذار ولان القول مع العذر يقوم مقام الفعل عند القدرة ولهذا نقول ان اشهاد الشفيع على طلب الشفعة فى حال الغيبة يقوم مقام الطلب فى حال الحضور فى اثبات الشفعة واذا فاء باللسان ثم قدر طولب بالوطء لانه تأخر بعذر فاذا زال العذر طولب به

﴿فصـل﴾ وان انقضت المدة وهو غائب فان كان الطريق أمنا فلها ان توكل من يطالبه بالمسير اليها أو بحملها اليه أو بالطلاق وان كان الطريق غير أمن فاء فيئة معذور الى ان يقدر فان لم يفعل أخذ بالطلاق

﴿فصـل﴾ وان انقضت المدة وهو محرم قيل له ان وطئت فسد احرامك وان لم تطأ أخذت بالطلاق فان طلقها سقط حكم الايلاء وان وطئها فقد أوفاها حقها وفسد نسكه وان لم يطأ ولم يطلق ففيه وجهان أحدهما يقتنع منه بفيئة معذور الى ان يتحلل لانه غير قادر على الوطء فاشبه المريض والمحبوس والثانى لا يقتنع منه وهو ظاهر النص لانه امتنع من الوطء بسبب من جهته

﴿فصل﴾ وان انقضت المدة وهو مظاهر قيل له ان وطئت قبل التكفير أثمت للظهار وان لم تطأ أخذت بالطلاق فان قال أمهلونى حتى أشترى رقبة أكفر بها أمهل ثلاثة أيام وان قال أمهلونى حتى أكفر بالصيام لم يمهل لان مدة الصيام تطول وان أراد ان يطأها قبل ان يكفر وقالت المرأة لا أمكنك من الوطء لانى محرمة عليك فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله انه ليس لها ان تمتنع فان امتنعت سقط حقها من المطالبة كما نقول فيمن له دين على رجل فاحضر مالا فامتنع صاحب الحق من أخذه وقال لا آخذه لانه مغصوب انه يلزمه ان يأخذه أو يبرئه من الدين وعندى ان لها ان تمتنع لانه وطء محرم فجاز لها ان تمتنع منه كوطء الرجعية ويخالف صاحب الدين فانه يدعى انه مغصوب والذى عليه الدين يدعى انه ماله والظاهر معه فان اليد تدل على الملك وليس كذلك وطء المظاهر منها فانهما متفقان على تحريمه فنظيره من المال ان يتفقا على انه مغصوب فلا يجبر صاحب الدين على أخذه

﴿فصل﴾ وان انقضت المدة فادعى انه عاجز ولم يكن قد عرف حاله انه عنين أو قادر ففيه وجهان أحدهما وهو ظاهر النص انه يقبل قوله لان التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره فقبل قوله فيه مع اليمين فان حلف طولب بفيئة معذور أو يطلق والوجه الثانى انه لا يقبل قوله لانه متهم فعلى هذا يؤخذ بالطلاق

﴿فصل﴾ وان آلى المجبوب وقلنا انه يصح ايلاؤه أو آلى وهو صحيح الذكر وانقضت المدة وهو مجبوب فاء فيئة معذور وهو ان يقول لو قدرت فعلت فان لم يف أخذ بالطلاق

﴿فصل﴾ وان اختلف الزوجان فى انقضاء المدة فادعت المرأة انقضاءها وأنكر الزوج فالقول قول الزوج لان الاصل انها لم تنقض ولان هذا اختلاف فى وقت الايلاء فكان القول فيه قوله وان اختلفا فى الاصابة فادعى الزوج انه أصابها وأنكرت المرأة فعلى ما ذكرناه فى العنين

﴿كتاب الظهار﴾

الظهار محرم لقوله عز وجل الذين يظهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائى ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ويصح ذلك من كل زوج مكلف لقوله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ولانه قول يختص به النكاح فصح من كل زوج مكلف كالطلاق ولا يصح من السيد فى أمته لقوله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم فخص به الازواج ولان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنسخ حكمه وبقى محله

﴿فصـل﴾ وان قال أنت على كظهر أمى فهو ظهار وان قال أنت على كظهر جدتى فهو ظهار لان الجدة من الامهات ولانها كالام فى التحريم وان قال أنت على كظهر أبى لم يكن ظهارا لانه ليس بمحل الاستمتاع فلم يصر بالتشبيه به مظاهرا كالبهيمة وان قال أنت على كظهر أختى أو عمتى ففيه قولان قال فى القديم ليس بظهار لان الله تعالى نص على الامهات وهن الاصل فى التحريم وغيرهن فرع لهن ودونهن فلم يلحقن بهن فى الظهار وقال فى الجديد هو ظهار وهو الصحيح لانها محرمة بالقرابة على التأبيد فاشبهت الام وان شبهها بمحرمة من غير ذوات المحارم نظرت فان كانت امرأة حلت له ثم حرمت

(قوله من العيوب التى لا يقف عليها غيره) أى لا يطلع عليها يقال وقفت على العيب وأوقفت غيرى عليه أى أطلعته

﴿ومن كتاب الظهار﴾ الظهار مشتق من الظهر وكل مركوب يقال له ظهر قال ابن قتيبة وانما خصوا الظهر بالتحريم دون سائر الاعضاء لانه موضع الركوب والمرأة مركوبة اذا غشيت فكأنه أراد بقوله أنت على كظهر أمى ركوبك للنكاح على حرام كركوب أمى للنكاح وهو استعارة وكناية عن الجماع ثم يعودون لما قالوا أى لما قالوا فيه يعنى الى (قوله الا اللائى ولدنهم) هو جمع التى يقال اللائى واللاتى (قوله وجب مكلف) قد ذكر التكليف والايجاب فى المفروضات (قوله فتحرير رقبة) أى عتقها

عليه

عليه كالملاعنة والام من الرضاع وحليلة الاب بعد ولادته أو محرمة تحل له في الثاني كأخت زوجته وخالتها وعمتها لم يكن ظهارا لانهن دون الام في التحريم وان لم تحل له قط ولا تحل له في الثاني كحليلة الاب قبل ولادته فعلى القولين في ذوات المحارم

﴿فصل﴾ وان قال أنت عندي أو أنت مني أو أنت معي كظهر أمي فهو ظهار لانه يفيد ما يفيد قوله أنت علي كظهر أمي وان شبهها بعضو من أعضاء الام غير الظهر بان قال أنت علي كفرج أمي أو كيدها أو كرأسها فالمنصوص انه ظهار ومن أصحابنا من جعلها على قولين قياسا على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الام والصحيح أنه ظهار قولا واحدا لان غير الظهر كالظهر في التحريم وغير الام دون الام في التحريم وان قال أنت علي كبدن أمي فهو ظهار لانه يدخل الظهر فيه وان قال أنت علي كروح أمي ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه ظهار لانه يعبر به عن الجملة والثاني أنه كناية لانه يحتمل أنها كالروح في الكرامة فلم يكن ظهارا من غير نية والثالث وهو قول علي بن أبي هريرة أنه ليس بصريح ولا كناية لان الروح ليس من الاعيان التي يقع بها التشبيه وان شبه عضوا من زوجته بظهر أمه بأن قال رأسك أو يدك علي كظهر أمي فهو ظهار لانه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه على يدها ورأسها كالطلاق وعلى قول ذلك القائل يجب أن يكون ههنا قول آخر أنه ليس بظهار

﴿فصل﴾ وان قال أنت علي كأمي أو مثل أمي لم يكن ظهارا الا بالنية لانه يحتمل انها كالام في التحريم أو في الكرامة فلم يجعل ظهارا من غير نية كالكنايات في الطلاق

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق ونوى به الظهار لم يكن ظهارا وان قال أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا لان كل واحد منهما صريح في موجبه في الزوجية فلا ينصرف عن موجبه بالنية وان قال أنت طالق كظهر أمي ولم ينو شيأ وقع الطلاق بقوله أنت طالق ويلغى قوله كظهر أمي لأنه ليس معه ما يصير به ظهارا وهو قوله أنت علي أو مني أو معي أو عندي فيصير كما لو قال ابتداء كظهر أمي وان قال أردت أنت طالق طلاقا يحرم كما يحرم الظهار وقع الطلاق وكان قوله كظهر أمي تأكيدا وان قال أردت أنت طالق وأنت علي كظهر أمي فان كان الطلاق رجعيا صار مطلقا ومظاهرا وان كانت بائنا وقع الطلاق ولم يصح الظهار لان الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البائن وان قال أنت علي حرام كظهر أمي ولم ينو شيأ فهو ظهار لانه أتى بصريحه وأكده بلفظ التحريم وان نوى به الطلاق فقد روى الربيع انه طلاق وروى في بعض نسخ المزني انه ظهار وبه قال بعض أصحابنا لان ذكر الظهار قرينة ظاهرة ونية الطلاق قرينة خفية فقدمت القرينة الظاهرة على القرينة الخفية والصحيح انه طلاق وأما الظهار فهو غلط وقع في بعض النسخ لان التحريم كناية في الطلاق والكناية مع النية كالصريح فصار كما لو قال أنت طالق كظهر أمي وان قال أردت الطلاق والظهار فان كان الطلاق رجعيا صار مطلقا ومظاهرا وان كان الطلاق بائنا صح الطلاق ولم يصح الظهار لما ذكرناه فيما تقدم وعلى مذهب ذلك القائل هو مظاهر لان القرينة الظاهرة مقدمة وان قال أردت تحريم عينها وجبت كفارة يمين وعلى قول ذلك القائل هو مظاهر

﴿فصل﴾ ويصح الظهار مؤقتا وهو ان يقول أنت علي كظهر أمي يوما أو شهرا نص عليه في الام وقال في اختلاف العراقيين لا يصير مظاهرا لانه لو شبهها بمن تحرم الى وقت لم يصر مظاهرا فكذلك اذا شبهها بأمه الى وقت والصحيح هو الاول لما روى سلمة بن صخر قال كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيأ يتتابع بي حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان فبينما هي تحدثني ذات ليلة وتكشف لي منها شيء فلم ألبث ان نزوت

وأصل الحر الخالص من كل شئ فكأنه خلص من رق العبودية ومنه قوله تعالى اني نذرت لك ما في بطني محررا أي مخلصا لعبادة الله تعالى عن أعمال الدنيا يقال حر أي خالص وقوله من قبل أن يتماسا المماسة ههنا الجماع ومنه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن سمي بذلك لمس البشرة البشرة وكذلك سميت المباشرة لمس البشرة البشرة وهي ظاهر الجلد والكفارة مأخوذة من كفرت الشئ اذا غطيته وسترته كأنها تغطي الذنوب وتسترها قال لبيد

* كفر النجوم ظلامها *

(قوله شيأ يتتابع بي) التتابع التهافت في الشر واللجاج ولا يكون التتابع الا في الشر والسكران يتتابع أي يرمي بنفسه وتتابع البعير في مشيه اذا حرك ألواحه (قوله فلم ألبث ان نزوت عليها) أي قفزت وطفرت

عليها فانطلقت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال حرر رقبة ولان الحكم انما تعلق بالظهار لقوله المنكر والزور وذلك موجود في المؤقت

﴿فصل﴾ ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد لانه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه بالشرط كالطلاق وان قال ان تظاهرت من فلانة فأنت على كظهر أمي فتزوج فلانة وتظاهر منها صار مظاهرا من الزوجة لانه قد وجد شرط ظهارها وان قال ان تظاهرت من فلانة الاجنبية فأنت على كظهر أمي ثم تزوج فلانة وظاهر منها ففيه وجهان أحدهما لا يصير مظاهرا من الزوجة لانه شرط ان يظاهر من الاجنبية والشرط لم يوجد فصار كما لو قال ان تظاهرت من فلانة وهي أجنبية فأنت على كظهر أمي ثم تزوجها وظاهر منها والثاني يصير مظاهرا منها لانه علق ظهارها بعينها ووصفها بصفة والحكم اذا تعلق بعين على صفة كانت الصفة تعريفا لا شرطا كما لو قال والله لا دخلت دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها فانه يحنث وان لم تكن ملك زيد

﴿فصل﴾ وان قالت الزوجة لزوجها أنت على كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لم يلزمها شئ لانه قول يوجب تحريما في الزوجية يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق

﴿فصل﴾ واذا صح الظهار ووجد العود وجبت الكفارة لقوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه أن يطلقها فلم يفعل وان ماتت المرأة عقيب الظهار أو طلقها عقيب الظهار لم تجب الكفارة والدليل على ان العود ما ذكرناه هو ان تشبيهها بالام يقتضي أن لا يمسكها فاذا أمسكها فقد عاد فيما قال فاذا ماتت أو طلقها عقيب الظهار لم يوجد العود فيما قال

﴿فصل﴾ وان تظاهر من رجعية لم يصر عائدا قبل الرجعة لانه لا يوجد الامساك وهي تجري الى البينونة فان راجعها فهل تكون الرجعة عودا أم لا فيه قولان قال في الاملاء لا تكون عودا حتى يمسكها بعد الرجعة لان العود استدامة الامساك والرجعة ابتداء استباحة فلم تكن عودا وقال في الام هو عود لان العود هو الامساك وقد سمى الله عز وجل الرجعة امساكا فقال فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولانه اذا حصل العود باستدامة الامساك فلأن يحصل بابتداء الاستباحة أولى وان بانت منه ثم تزوجها فهل يعود الظهار أم لا على الاقوال التي مضت في الطلاق فاذا قلنا انه يعود فهل يكون النكاح عودا فيه وجهان الصحيح لا بناء على القولين في الرجعة وان ظاهر الكافر من امرأته وأسلمت المرأة عقيب الظهار فان كان قبل الدخول لم تجب الكفارة لانه لم يوجد العود وان كان بعد الدخول لم يصر عائدا مادامت في العدة لانها تجري الى البينونة وان أسلم الزوج قبل انقضاء العدة ففيه وجهان أحدهما لا يصير عائدا لان العود هو الامساك على النكاح وذلك لا يوجد الا بعد الاسلام والثاني يصير عائدا لان قطع البينونة بالاسلام أبلغ من الامساك فكان العود به أولى

﴿فصل﴾ وان كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج عقيب الظهار ففيه وجهان أحدهما ان الملك عود لان العود أن يمسكها على الاستباحة وذلك قد وجد والثاني وهو قول أبي اسحق ان ذلك ليس بعود لان العود هو الامساك على الزوجية والشروع في الشراء تسبب لفسخ النكاح فلم يجز أن يكون عودا وان قذفها وأتى من اللعان بلفظ الشهادة وبقي لفظ اللعن فظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعن عقيب الظهار لم يكن ذلك عودا لانه يقع به الفرقة فلم يكن عودا كما لو طلقها وان قذفها ثم ظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعان ففيه وجهان أحدهما أنه صار عائدا لانه أمسكها زمانا أمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلق والثاني

وهو قول أبي اسحق انه لا يكون عائدا لانه اشتغل بما يوجب الفرقة فصار كما لو ظاهر منها ثم طلق وأطال لفظ الطلاق

﴿فصل﴾ وان كان الظهار مؤقتا ففي عوده وجهان أحدهما وهو قول المزني أن العود فيه أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه أن يطلقها فيه كما قلنا في الظهار المطلق والثاني وهو المنصوص أنه لا يحصل العود فيه الا بالوطء لان امساكه يجوز أن يكون لوقت الظهار ويجوز أن يكون لما بعد مدة الظهار فلا يتحقق العود الا بالوطء فان لم يطأها حتى مضت المدة سقط الظهار ولم تجب الكفارة لانه لم يوجد العود

﴿فصل﴾ وان تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات وأمسكهن لزمه لكل واحدة كفارة وان تظاهر منهن بكلمة واحدة بأن قال أنتن علي كظهر أمي وأمسكهن ففيه قولان قال في القديم تلزمه كفارة واحدة لما روى ابن عباس وسعيد بن المسيب رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه سئل عن رجل تظاهر من أربع نسوة فقال يجزيه كفارة واحدة وقال في الجديد يلزمه أربع كفارات لانه وجد الظهار والعود في حق كل واحدة منهن فلزمه أربع كفارات كما لو أفردهن بكلمات وان تظاهر من امرأة ثم ظاهر منها قبل أن يكفر عن الاول نظرت فان قصد التأكيد لزمه كفارة واحدة وان قصد الاستئناف ففيه قولان قال في القديم تلزمه كفارة واحدة لان الثاني لم يؤثر في التحريم وقال في الجديد يلزمه كفارتان لانه قول يؤثر في تحريم الزوجة كرره على وجه الاستئناف فتعلق بكل مرة حكم الطلاق وان أطلق ولم ينو شيأ فقد قال بعض أصحابنا حكمه حكم ما لو قصد التأكيد ومنهم من قال حكمه حكم ما لو قصد الاستئناف كما قلنا فيمن كرر الطلاق وان كانت له امرأتان وقال لاحداهما ان تظاهرت منك فالاخرى علي كظهر أمي ثم تظاهر من الاولى وأمسكها لزمه كفارتان قولا واحدا لانه أفرد كل واحدة منهما بظهار

﴿فصل﴾ واذا وجبت الكفارة حرم وطؤها الى أن يكفر لقوله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فشرط في العتق والصوم أن يكونا قبل المسيس وقسنا عليهما الاطعام وروى عكرمة أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال ما حملك على ما صنعت قال رأيت بياض ساقها في القمر قال فاعتزلها حتى تكفر عن يمينك واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج فقال في القديم تحرم لانه قول يؤثر في تحريم الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق وقال في الجديد لا تحرم لانه وطء لا يتعلق بتحريمه مال فلم يجاوزه التحريم كوطء الحائض والله أعلم

﴿باب كفارة الظهار﴾

وكفارته عتق رقبة لمن وجد وصيام شهرين متتابعين لمن لم يجد الرقبة واطعام ستين مسكينا لمن لا يجد الرقبة ولا يطيق الصوم والدليل عليه قوله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وروت خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الآية فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد قال فليصم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله شيخ كبير ما به

صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت يارسول الله ماعنده شيء يتصدق به قال فأتى بعرق من تمر قلت يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال قد أحسنت فاذهبي فاطعمي بهاعنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك فان كان له مال يشتري به رقبة فاضلا عما يحتاج اليه لقوته ولكسوته ومسكنه و بضاعة لابدله منها وجب عليه العتق وان كان له رقبة لايستغني عن خدمتها بان كان كبيرا أو مريضا أو ممن لايخدم نفسه لم يلزمه صرفها في الكفارة لان مايستغرقه حاجته كالمعدوم في جواز الانتقال الى البدل كما نقول فيمن معه ماء يحتاج اليه للعطش وان كان ممن يخدم نفسه ففيه وجهان أحدهما يلزمه العتق لانه مستغن عنه والثاني لايلزمه لانه مامن أحد الا ويحتاج الى الترفه والخدمة وان وجبت عليه كفارة وله مال غائب فان كان لاضرر عليه في تأخير الكفارة ككفارة القتل وكفارة الوطء في رمضان لم يجز أن ينتقل الى الصوم لانه قادر على العتق من غير ضرر فلا يكفر بالصوم كما لوحضر المال وان كان عليه ضرر في تأخير الكفارة ككفارة الظهار ففيه وجهان أحدهما لايكفر بالصوم لان له مالا فاضلا عن كفايته يمكنه أن يشتري به رقبة فلا يكفر بالصوم كما نقول في كفارة القتل والثاني له أن يكفر بالصوم لان عليه ضررا في تحريم الوطء الى أن يحضر المال فجاز له أن يكفر بالصوم

(فصل) وان اختلف حاله من حين وجبت الكفارة الى حين الاداء ففيه ثلاثة أقوال أحدها أن يعتبر حال الاداء لانها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حال الاداء كالوضوء والثاني يعتبر حال الوجوب لانه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد والثالث يعتبر أغلظ الاحوال من حين الوجوب الى حين الاداء فأي وقت قدر على العتق لزمه لانه حق يجب في الذمة بوجود المال فاعتبر فيه أغلظ الاحوال كالحج

(فصل) ولا يجزئ في شيء من الكفارات الارقبة مؤمنة لقوله عزوجل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فنص في كفارة القتل على رقبة مؤمنة وقسنا عليها سائر الكفارات

(فصل) ولايجزئ الارقبة سليمة من العيوب التي تضر بالعمل ضررا بينا لان المقصود تمليك العبد منفعته وتمكينه من التصرف وذلك لايحصل مع العيب الذي يضر بالعمل ضررا بينا فان أعتق أعمى لم يجز لان العمى يضر بالعمل الضرر البين وان أعتق أعور أجزأه لان العور لايضر بالعمل ضررا بينا لانه يدرك مايدرك البصير بالعينين ولايجزئ مقطوع اليد أو الرجل لان ذلك يضر بالعمل ضررا بينا ولايجزئ مقطوع الابهام أو السبابة أو الوسطى لان منفعة اليد تبطل بقطع كل واحد منهما ويجزئ مقطوع الخنصر أو البنصر لانه لاتبطل منفعة اليد بقطع احداهما فان قطعتا جميعا فان كانتا من كف واحد لم تجزه لانه تبطل منفعة اليد بقطعهما وان كانتا من كفين أجزأه لانه لاتبطل منفعة كل واحد من الكفين وان قطع منه أنملتان فان كانتا من الخنصر أو البنصر أجزأه لان ذهاب كل واحدة منهما لايمنع الاجزاء فلأن لايمنع ذهاب أنملتين أولى وان كانتا من الوسط أو السبابة لم يجزه لانه تبطل به منفعة الاصبع وان قطعت منه أنملة فان كانت من غير الابهام أجزأه لانه لاتبطل به منفعة الاصبع وان كانت من الابهام لم يجزه لانه تبطل به منفعة الابهام

(فصل) وان كان أعرج نظرت فان كان عرجا قليلا أجزأه لانه لايضر بالعمل ضررا بينا وان كان كثيرا لم يجزه لانه يضر بالعمل ضررا بينا ويجزئ الاصم لان الصمم لايضر بالعمل بل يزيد في العمل لانه لايسمع مايشغله وأما الاخرس فقد قال في موضع يجزئه وقال في موضع لايجزئه فمن أصحابنا من قال ان كان مع الخرس صمم لم يجزه لانه يضر بالعمل ضررا بينا وان لم يكن معه صمم أجزأه لانه لايضر بالعمل ضررا بينا وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال ان كان يعقل الاشارة أجزأه لانه

(قوله أتى بعرق من تمر) العرق بفتح الراء القفة من الخوص وغيره قبل أن يجعل منه الزنبيل ومنه قيل للزنبيل عرق والانامل رؤس الاصابع واحدتها أنملة بالفتح ذكره في الصحاح وجنونا مطبقا المطبق الذي لايفيق منه من المطابقة بين الشيئين وهو الموالاة لانه يتوالى جنونه

يبلغ

يبلغ بالاشارة ما يبلغ بالنطق وان كان لا يعقل لم يجزه لانه يضر بالعمل ضررا بينا وحمل القولين على هذين الحالين وان كان مجنونا جنونا مطبقا يمنع العمل لم يجزه لانه لا يصلح للعمل وان كان يجن ويفيق نظرت فان كان زمان الجنون أكثر لم يجزه لانه يضر به ضررا بينا وان كان زمان الافاقة أكثر أجزأه لانه لا يضر به ضررا بينا ويجزئ الاحمق وهو الذى يفعل الشئ فى غير موضعه مع العلم بقبحه

(فصل) ويجزئ الاجدع لانه كغيره فى العمل ويجزئ مقطوع الاذن لان قطع الاذن لا يؤثر فى العمل وغيره أولى منه ليخرج من الخلاف فان عند مالك لا يجزئه ويجزئ ولد الزنا لانه كغيره فى العمل وغيره أولى منه لان الزهرى والاوزاعى لا يجيزان ذلك ويجزئ المجبوب والخصى لان الجب والخصى لا يضران بالعمل ضررا بينا ويجزئ الصغير لانه يرجى من منافعه وتصرفه أكثر مما يرجى من الكبير ولا يجزئ عتق الحمل لانه لم يثبت له حكم الاحياء ولهذا لا يجب عنه زكاة الفطر ويجزئ المريض الذى يرجى برؤه ولا يجزئ من لا يرجى برؤه لانه لا عمل فيه ويجزئ نضو الخلق اذا لم يعجز عن العمل ولا يجزئ اذا عجز عن العمل وان أعتق مرهونا أو جانيا وجوزنا عتقه أجزأه لانه كغيره فى العمل

(فصل) ولا يجزئ عبد مغصوب لانه ممنوع من التصرف فى نفسه فهو كالزمن وان أعتق غائبا لا يعرف خبره فظاهر ما قاله ههنا انه لا يجزئه وقال فى زكاة الفطر ان عليه فطرته فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجزئه عن الكفارة وتجب زكاة الفطر عنه لانه على يقين من حياته وعلى شك من موته واليقين لا يزال بالشك والثانى لا يجزئه فى الكفارة ولا تجب زكاة فطرته لان الاصل فى الكفارة وجوبها فلا تسقط بالشك والاصل فى زكاة الفطر براءة ذمته منها فلا تجب بالشك ومنهم من قال لا يجزئه فى الكفارة وتجب زكاة الفطر لان الاصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق فلم تسقط الكفارة بالحياة المشكوك فيها ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه

(فصل) ولا يجزئ عتق أم الولد ولا المكاتب لانهما يستحقان العتق بغير الكفارة بدليل انه لا يجوز ابطاله بالبيع فلا يسقط بعتقهما فرض الكفارة كما لو باع من فقير طعاما ثم دفعه اليه عن الكفارة ويجزئ المدبر والمعتق بصفة لان عتقهما غير مستحق بدليل انه يجوز ابطاله بالبيع

(فصل) وان اشترى من يعتق عليه من الاقارب ونوى عتقه عن الكفارة لم يجزه لان عتقه مستحق بالقرابة فلا يجوز أن يصرفه الى الكفارة كما لو استحق عليه الطعام فى النفقة فى القرابة فدفعه اليه عن الكفارة وان اشترى عبدا بشرط أن يعتقه فاعتقه عن الكفارة لم يجزه لانه مستحق العتق بغير الكفارة فلا يجوز صرفه الى الكفارة وان كان مظاهرا وله عبد فقال لامرأته ان وطئتك فعلى أن أعتق عبدى عن كفارة الظهار فوطئها ثم أعتق العبد عن الظهار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على الطبرى أنه لا يجزئه لان عتقه مستحق بالحنث فى الايلاء والثانى وهو قول أبى اسحق انه يجزئه وهو المذهب لانه لا يتعين عليه عتقه لانه مخير بين أن يعتقه وبين أن يكفر كفارة يمين

(فصل) وان كان بينه وبين آخر عبد وهو موسر فاعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة أجزأه لانه عتق العبد بالمباشرة والسراية وحكم السراية حكم المباشرة ولهذا اذا جرحه وسرى الى نفسه جعل كما لو باشر قتله وان كان معسرا عتق نصيبه وان ملك نصيب الآخر وأعتقه عن الكفارة أجزأه لانه أعتق جميعه عن الكفارة وان كان فى وقتين فأجزأه كما لو أطعم المساكين فى وقتين وان أعتق نصف عبدين عن كفارة ففيه ثلاثة أوجه أحدها لا يجزئه لان المأمور به عتق رقبة ولم يعتق رقبة

(قوله نضو الخلق) أصله المهزول ثم قيل لضعيف الخلق نضو والزمن الذى طال زمانه فى العلة

والثاني يجزئه لان ابعاض الجملة كالجملة في زكاة الفطر وزكاة المال فكذلك في الكفارة والثالث انه ان كان باقيهما حرا أجزأه لانه يحصل تكميل الاحكام والتمكين من التصرف في منافعه على التمام وان كان مملوكا لم يجزه لانه لا يحصل له تكميل الاحكام والتمكين التام

﴿فصل﴾ اذا قال لغيره أعتق عبدك عني فاعتقه عنه دخل العبد في ملكه وعتق عليه سواء كان بعوض أو بغير عوض واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتق عليه فقال أبو اسحق يقع الملك والعتق في حالة واحدة ومن أصحابنا من قال يدخل في ملكه ثم يعتق عليه وهو الصحيح لان العتق لا يقع عنه في ملك غيره فوجب أن يتقدم الملك ثم يقع العتق وان قال اعتق عبدك عن كفارتي فاعتقه عن كفارته أجزأه لانه وقع العتق عنه فصار كما لو اشتراه ثم أعتقه

﴿فصل﴾ وان لم يجد رقبة وقدر على الصوم لزمه أن يصوم شهرين متتابعين لقوله عز وجل فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان دخل فيه في أول الشهر صام شهرين بالاهلة لان الاشهر في الشرع بالاهلة والدليل عليه قوله عز وجل يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج فان دخل فيه وقد مضى من الشهر خمسة أيام صام ما بقي وصام الشهر الذي بعده ثم يصوم من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما لانه تعذر اعتبار الهلال في شهر فاعتبر بالعدد كما يعتبر العدد في الشهر الذي غم عليهم الهلال في صوم رمضان وان أفطر في يوم منه من غير عذر لزمه أن يستأنف وان جامع بالليل قبل أن يكفر أثم لانه جامع قبل التكفير ولا يبطل التتابع لان جماعه لم يؤثر في الصوم فلم يقطع التتابع كالاكل بالليل وان كان الفطر لعذر نظرت فان كانت امرأة فحاضت في صوم كفارة القتل أو الوطء في كفارة رمضان لم ينقطع التتابع لانه لا صنع لها في الفطر ولانه لا يمكن حفظ الشهرين من الحيض الا بالتأخير الى أن تيأس من الحيض وفي ذلك تغرير بالكفارة لانها ربما ماتت قبل الاياس فتفوت وان كان الفطر بمرض ففيه قولان أحدهما يبطل التتابع لانه أفطر باختياره فبطل التتابع كما لو أجهده الصوم فافطر والثاني لا يبطل لان الفطر بسبب من غير جهته فلم يقطع التتابع كالفطر بالحيض وان كان بالسفر ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالفطر بالمرض لان السفر كالمرض في اباحة الفطر فكان كالمرض في قطع التتابع والثاني انه يقطع التتابع قولا واحدا لان سببه من جهته وان انقطع الصوم بالاغماء فهو كما لو أفطر بالمرض وان أفطرت الحامل أو المرضع في كفارة القتل أو الجماع في رمضان خوفا على ولديهما ففيه طريقان أحدهما انه على قولين لانه فطر لعذر فهو كالفطر بالمرض والثاني انه ينقطع التتابع قولا واحدا لان فطرهما عذر في غيرهما فلم يلحقا بالمريض ولهذا يجب عليهما الفدية مع القضاء في صوم رمضان ولا يجب على المريض وان دخل في الصوم فقطعه بصوم رمضان أو يوم النحر لزمه أن يستأنف لانه ترك التتابع بسبب لا عذر فيه

﴿فصل﴾ وان دخل في الصوم ثم وجد الرقبة لم يبطل صومه وقال المزني يبطل كما قال في المتيمم اذا رأى الماء في الصلاة وقد دللنا عليه في الطهارة والمستحب ان يخرج من الصوم ويعتق لان العتق أفضل من الصوم لما فيه من نفع الآدمي ولانه يخرج من الخلاف

﴿فصل﴾ وان لم يقدر على الصوم لكبر لا يضيق معه الصوم أو لمرض لا يرجى برؤه منه لزمه ان يطعم ستين مسكينا للآية والواجب ان يدفع الى كل مسكين مدا من الطعام لما روى أبو هريرة رضي الله عنه في حديث الجماع في شهر رمضان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له اطعم ستين مسكينا قال لا أجد قال فاتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا فقال خذه وتصدق به واذا ثبت هذا بالجماع بالخبر ثبت في الظاهر بالقياس عليه

﴿فصل﴾ ويجب ذلك من الحبوب والثمار التي تجب فيها الزكاة لان الابدان بها تقوم ويجب من غالب قوت بلده قال القاضي أبو عبيد بن حربويه يجب من غالب قوته لان في الزكاة الاعتبار بماله فكذلك ههنا والمذهب الاول لقوله تعالى فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم والاوسط الاعدل وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ويخالف الزكاة فانها تجب من المال والكفارة تجب في الذمة فان عدل الى قوت بلد أخرى فان كان أجود من غالب قوت بلده الذي هو فيه جاز لانه زاد خيرا فان لم يكن أجود فان كان مما يجب فيه زكاة ففيه وجهان أحدهما يجزئه لانه قوت تجب فيه الزكاة فاشبه قوت البلد والثاني لا يجزئه وهو الصحيح لانه دون قوت البلد فان كان في موضع قوتهم الاقط ففيه قولان أحدهما يجزئه لانه مكيل مقتات فاشبه قوت البلد والثاني لا يجزئه لانه لا يجب فيه الزكاة فلم يجزئه كاللحم وان كان لحما أو سمكا أو حوارا ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالاقط ومنهم من قال لا يجزئه قولا واحدا ويخالف الاقط لانه يدخله الصاع وان كان في موضع لا قوت فيه وجب من غالب قوت أقرب البلاد اليه

﴿فصل﴾ ولا يجوز الدقيق والسويق والخبز ومن أصحابنا من قال يجزئه لانه مهيأ للاقتيات مستغنى عن مؤنته وهذا فاسد لانه ان كان قد هيأ لمنفعة فقد فوت فيه وجوها من المنافع ولا يجوز اخراج القيمة لانه أخذ ما يكفر به ٧ فلم يجز فيه القيمة كالعتق

﴿فصل﴾ ولا يجوز ان يدفع الواجب الى أقل من ستين مسكينا للآية والخبر فان جمع ستين مسكينا وغداهم وعشاهم لما عليه من الطعام لم يجزه لان ما وجب للفقراء بالشرع وجب فيه التمليك كالزكاة ولانهم يختلفون في الاكل ولا يتحقق ان كل واحد منهم يتناول قدر حقه وان قال لهم ملكتكم هذا بينكم بالسوية ففيه وجهان أحدهما لا يجزئه وهو قول أبي سعيد الاصطخري لانه يلزمهم مؤنة في قسمته فلم يجزه كما لو سلم اليهم الطعام في السنابل والثاني انه يجزئه وهو الاظهر لانه سلم الى كل واحد منهم قدر حقه والمؤنة في قسمته قليلة فلا يمنع الاجزاء

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يدفع الى مكاتب لانها تجب لاهل الحاجة والمكاتب مستغن بكسبه ان كان له كسب أو بان يفسخ الكتابة و يرجع الى مولاه ان لم يكن له كسب ولا يجوز ان يدفع الى كافر لانها كفارة فلا يجوز صرفها الى كافر كالعتق ولا يجوز دفعها الى من تلزمه نفقته من زوجة أو والد أو ولد لانه مستغن بالنفقة فان دفع بعض ما عليه من الطعام ثم قدر على الصيام لم يلزمه الانتقال الى الصوم كما لا يلزمه الانتقال الى العتق اذا وجد الرقبة في اثناء الصوم والافضل ان ينتقل اليه لانه أصل

﴿فصل﴾ ولا يجوز ان يكفر عن الظهار قبل ان يظاهر لانه حق يتعلق بسببين فلا يجوز تقديمه عليهما كالزكاة قبل ان يملك النصاب و يجوز ان يكفر بالمال بعد الظهار وقبل العود لانه حق مال يتعلق بسببين فاذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول وكفارة اليمين قبل الحنث

﴿فصل﴾ ولا يجوز شئ من الكفارات الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى ولانه حق يجب على سبيل الطهرة فافتقر الى النية كالزكاة ولا يلزمه في النية تعيين سبب الكفارة كما لا يلزمه في الزكاة تعيين المال الذي يزكيه فان كفر بالصوم لزمه ان ينوي كل ليلة انه صائم غدا عن الكفارة وهل يلزمه نية التتابع فيه ثلاثة أوجه أحدها يلزمه ان ينوي كل ليلة لان التتابع واجب فلزمه نيته كالصوم والثاني يلزمه أن ينوي ذلك في أوله لانه يتميز بذلك عن غيره والثالث وهو الصحيح انه لا تلزمه نية التتابع لان العبادة هي الصوم والتتابع شرط في العبادة فلم تجب نيته في أداء العبادة كالطهارة وستر العورة لا يلزمه نيتهما في الصلاة

(قوله مهيأ للاقتيات) أي مصلح هيأت الشئ أصلحته قال الله تعالى وهيئ لنا من أمرنا رشدا

﴿فصل﴾ وان كان المظاهر كافرا كفر بالعتق أو الطعام لانه يصح منه العتق والاطعام فى غير الكفارة فصح منه فى الكفارة ولا يكفر بالصوم لانه لا يصح منه الصوم فى غير الكفارة فلا يصح منه فى الكفارة فان كان المظاهر عبدا فقد ذكرناه فى باب المأذون فاغنى عن الاعادة وبالله التوفيق

﴿كتاب اللعان﴾

اذا علم الزوج ان امرأته زنت فان رآها بعينه وهى تزنى ولم يكن نسب يلحقه فله أن يقذفها وله أن يسكت لما روى علقمة عن عبد الله ان رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان رجل وجد مع امرأته رجلا ان تكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ فقال النبى صلى الله عليه وسلم اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية فذكر انه يتكلم أو يسكت ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم كلامه ولا سكوته وان أقرت عنده بالزنا فوقع فى نفسه صدقها أو أخبره بذلك ثقة أو استفاض ان رجلا يزنى بها ثم رأى الرجل يخرج من عندها فى أوقات الريب فله ان يقذفها وله ان يسكت لان الظاهر انها زنت فجاز له القذف والسكوت وأما اذا رأى رجلا يخرج من عندها ولم يستفض انه يزنى بها لم يجز أن يقذفها لانه يجوز أن يكون قد دخل اليها هاربا أو سارقا أو دخل ليراودها عن نفسها ولم تمكنه فلا يجوز قذفها بالشك وان استفاض ان رجلا يزنى بها ولم يجده عندها ففيه وجهان أحدهما لا يجوز قذفها لانه يحتمل أن يكون عدو قد أشاع ذلك عليهما والثانى يجوز لان الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولان بالاستفاضة تثبت القسامة فى القتل فثبت بها جواز القذف

﴿فصل﴾ ومن قذف امرأته بزنا يوجب الحد أو تعزير القذف فطولب بالحد أو بالتعزير فله ان يسقط ذلك بالبينة لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فدل على انه اذا أتى بأربعة شهداء لم يجلد ويجوز أن يسقط باللعان لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء فقال النبى صلى الله عليه وسلم البينة أو الحد فى ظهرك فقال يارسول الله اذا رأى أحدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة فجعل النبى صلى الله عليه وسلم يقول البينة والا حد فى ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله عز وجل فى أمرى ما يبرئ ظهرى من الحد فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولان الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفى العار والنسب الفاسد ويتعذر عليه اقامة البينة فجعل اللعان بينته ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبى صلى الله عليه وسلم ابشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل فان قدر على البينة ولاعن جاز لانهما بينتان فى اثبات حق فجاز اقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الاخرى كالرجلين والرجل والمرأتين فى المال وان كان هناك نسب يحتاج الى نفيه لم ينتف بالبينة ولا ينتفى الا باللعان لان الشهود لا سبيل لهم الى العلم بنفى النسب وان أراد ان يثبت الزنا بالبينة ثم يلاعن لنفى النسب جاز وان أراد ان يلاعن ويثبت الزنا وينفى النسب باللعان جاز

﴿فصل﴾ وان عفت الزوجة عن الحد أو التعزير ولم يكن نسب لم يلاعن ومن أصحابنا من قال له أن يلاعن لقطع الفراش والمذهب الاول لان المقصود باللعان درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى

النسب

﴿ومن كتاب اللعان﴾ اللعان مصدر لاعن يلاعن لعانا وملاعنة مثل قاتل يقاتل قتالا ومقاتلة وأصل اللعن الطرد والابعاد قال الله تعالى ويلعنهم اللاعنون قال أهل التفسير أى يطردهم ويبعدهم من رحمته وقال فى ابليس وأن عليك اللعنة أى الطرد والابعاد من الرحمة والكاذب من أحد المتلاعنين يستحق بالاثم والكذب الطرد من رحمة الله تعالى والابعاد عنها وكانت العرب اذا فعل رجل منهم فاحشة ومنكرا طردوه وأبعدوه فيقال لعين آل فلان أى طريده وفى كلمة الشماخ كالرجل اللعين (قوله سكت على غيظ) الغيظ غضب كامن للعاجز يقال غاظه فهو مغيظ (قوله اللهم افتح) أى احكم والفتاح والفاتح الحاكم قال الله تعالى وأنت خير الفاتحين أى الحاكمين وسمى الحاكم فاتحا لانه يفتح ما استغلق من أمر الخصمين كما ان الحكم مأخوذ من حكمة الدابة لما نعه طاعن الجماح الى غير القصد لانه يمنع الخصمين من التعدى ومجاوزة الحق (قوله واستفاض فى الناس) يقال يقال فاض الخبر يفيض واستفاض أى شاع (قوله فى أوقات الريب) الريبة هى الشك لانه تتشكك فى سبب دخوله لاى أمر دخل اليها ويقذفها أى يتكلم بزناها وأصل القذف الرمى ومنه الحديث ليس فى هذه الامة قذف ولا مسخ أراد لا يرمون بالحجارة كرمى قوم لوط (قوله درء العقوبة) هو دفعها وازالتها ومنه الحديث ادرؤا الحدود ما استطعتم قال الله تعالى ويدرؤن بالحسنة السيئة أى يدفعونه وقوله فادارأتم فيها أى تدافعتم وتماريتم والمدارأة بالهمز المدافعة قال

تقول اذا درأت لها وضينى * أهذا دينه أبدا ودينى

النسب لما يلحقه من الضرر بكل واحد منهما وليس ههنا واحد منهما وأما قطع الفراش فانه غير مقصود ويحصل له ذلك بالطلاق فلا يلاعن لاجله وان لم تعف الزوجة عن الحد أو التعزير ولم تطالب به فقد روى المزني أنه ليس عليه أن يلاعن حتى تطلب القذف وقد حدها وروى فيمن قذف امرأته ثم جنت أنه اذا التعن سقط الحد فمن أصحابنا من قال لا يلاعن لانه لا حاجة به الى اللعان قبل الطلب وقال أبو اسحق له أن يلاعن لان الحد قد وجب عليه فجاز أن يسقطه من غير طلب كما يجوز أن يقضي الدين المؤجل قبل الطلب وقوله ليس عليه أن يلتعن لا يمنع الجواز وانما يمنع الوجوب

﴿فصل﴾ وان كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة يوطأ مثلها فقذفها عزر وله أن يلاعن لدرء التعزير لانه تعزير قذف وان كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فقذفها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لانه ليس بتعزير قذف وانما هو تعزير على الكذب لحق الله تعالى وان قذف زوجته ولم يلاعن لحد في قذفها ثم قذفها بالزنا الذي رماها به عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لانه تعزير لدفع الاذى لانا قد حددناه للقذف فان ثبت بالبينة أو بالاقرار أنها زانية ثم قذفها فقد روى المزني أنه لا يلاعن لدرء التعزير وروى الربيع انه يلاعن لدرء التعزير واختلف أصحابنا فيه على طريقين فقال أبو اسحق المذهب ما رواه المزني وما رواه الربيع من تخريجه لان اللعان جعل لتحقيق الزنا وقد تحقق زناها بالاقرار أو البينة ولان القصد باللعان اسقاط ما يجب بالقذف والتعزير ههنا على الشتم لحق الله تعالى لا على القذف لانه بالقذف لم يلحقها معرة وقال أبو الحسن ابن القطان وأبو القاسم الداركي هي على قولين أحدهما لا يلاعن لما ذكرناه والثاني يلاعن لانه اذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها فلان يلاعن فيمن ثبت زناها أولى

﴿باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز﴾

اذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله وأمكن اجتماعهما على الوطء وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه في الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ولان مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه فوجب أن يلحق به

﴿فصل﴾ وان كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه لانه لا يمكن أن يكون منه وينتفي عنه من غير لعان لان اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج في نفيه الى اللعان واختلف أصحابنا في السن التي يجوز أن يولد له فيها فمنهم من قال يجوز أن يولد له بعد عشرة سنين ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك وهو ظاهر النص والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع ومنهم من قال يجوز أن يولد له بعد تسع سنين ولا يجوز أن يولد له قبله لان المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع وما قاله الشافعي رحمه الله أراد على سبيل التقريب لانه لا بد أن يمضي بعد التسع امكان الوطء وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وذلك قريب من العشرة وان كان الزوج مجبوبا فقد روى المزني ان له أن يلاعن وروى الربيع أنه ينتفي من غير لعان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق ان كان مقطوع الذكر والانثيين انتفى من غير لعان لانه يستحيل أن ينزل مع قطعهما وان قطع أحدهما لحقه ولا ينتفي الا باللعان لانه اذا بقي الذكر أولج وأنزل وان بقي الانثيان ساحق وأنزل وحمل الروايتين على هذين الحالين وقال القاضي أبو حامد في أصل المذهب ثقبتان أحدهما للبول والاخرى للمني فاذا انسدت ثقبة المني انتفى الولد من غير لعان لانه يستحيل الانزال وان لم تنسد لم ينتف الا باللعان لانه يمكن الانزال وحمل الروايتين على هذين الحالين

﴿فصل﴾ وان لم يمكن اجتماعهما على الوطء بان تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة

والمداراة بغير همز الملاينة والاخذ بالرفق وهي أيضا المخاتلة يقال داريته اذا لاينته ودريته اذا ختلته ومنه قوله
فان كنت لا أدري الظباء فانني
أدس لها تحت التراب الدواهيا
(قوله يستحيل ان ينزل) هو ههنا بمعنى الحال الذي لا يتصور ولا تثبت له حقيقة

لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان لانه لا يمكن أن يكون منه

﴿فصل﴾ وان أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان لانا نعلم انها علقت به قبل حدوث الفراش وان دخل بها ثم طلقها وهي حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه وانتفى عنه من غير لعان لانا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل وان هذا الولد الآخر علقت به بعد زوال الفراش وان طلقها وهي غير حامل واعتدت بالاقراء ثم وضعت ولدا قبل أن تتزوج بغيره لدون ستة أشهر لحقه لانا تيقنا أن عدتها لم تنقض وان أتت به لستة أشهر أو أربع سنين أو ما بينهما لحقه وقال أبو العباس بن سريج لا يلحقه لانا حكمنا بانقضاء العدة وأبحناها للازواج وما حكم به لا يجوز نقضه لامر محتمل وهذا خطأ لانه يمكن أن يكون منه والنسب اذا أمكن اثباته لم يجز نفيه وهذا اذا أتت بولد بعد العقد لستة أشهر لحقه وان كان الاصل عدم الوطء وبراءة الرحم فان وضعته لاكثر من أربع سنين نظرت فان كان الطلاق بائنا انتفى عنه بغير لعان لان العلوق حادث بعد زوال الفراش وان كان رجعيا ففيه قولان أحدهما ينتفي عنه بغير لعان لانها حرمت عليه بالطلاق تحريم المبتوتة فصار كما لو طلقها طلاقا بائنا والقول الثاني يلحقه لانها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء فاذا قلنا بهذا فالى متى يلحقه ولدها فيه وجهان قال أبو اسحق يلحقه أبدا لان العدة يجوز أن تمتد لان أكثر الطهر لاحد له ومن أصحابنا من قال يلحقه الى أربع سنين من وقت انقضاء العدة وهو الصحيح لان العدة اذا انقضت بانت وصارت كالمبتوتة

﴿فصل﴾ وان كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطئها رجل بالشبهة وادعى الزوج ان الولد من الواطئ عرض معهما على القافة ولا يلاعن لنفيه لانه يمكن نفيه بغير لعان وهو القافة فلا يجوز نفيه باللعان فان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك حتى يبلغ السن الذي ينتسب فيه الى أحدهما فان بلغ وانتسب الى الواطئ بشبهة انتفى عن الزوج بغير لعان وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان لانه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان وان قال زنى بك فلان وأنت مكرهة والولد منه ففيه قولان احدهما لا يلاعن لنفيه لان احدهما ليس بزان فلم يلاعن لنفي الولد كما لو وطئها رجل بشبهة وهي زانية والثاني أن له أن يلاعن وهو الصحيح لانه نسب يلحقه من غير رضاه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كما لو كانا زانيين

﴿فصل﴾ وان أتت امرأته بولد فادعى الزوج أنه من زوج قبله وكان لها زوج قبله نظرت فان وضعته لاربع سنين فادونها من طلاق الاول ولدون ستة أشهر من عقد الزوج الثاني فهو للاول لانه يمكن أن يكون منه وينتفي عن الزوج بغير لعان لانه لا يمكن أن يكون منه وان وضعته لاكثر من أربع سنين من طلاق الاول ولاقل من ستة أشهر من عقد الزوج الثاني انتفى عنهما لانه لا يمكن أن يكون من واحد منهما وان وضعته لأربع سنين فادونها من طلاق الاول ولستة أشهر فصاعدا من عقد الزوج الثاني عرض على القافة لانه يمكن ان يكون من كل واحد منهما فان ألحقته بالاول لحق به وانتفى عن الزوج بغير لعان وان الحقته بالزوج لحق به ولا ينتفي عنه الا باللعان وان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك الى أن يبلغ وقت الانتساب فان انتسب الى الاول انتفى عن الزوج بغير لعان وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان وان لم يعرف وقت طلاق الاول ووقت نكاح الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم أنها ولدته على فراشه لان الاصل عدم الولادة وانتفاء النسب فان حلف سقطت دعواها وانتفى النسب بغير لعان لانه لم يثبت ولادته على فراشه وان نكل رددنا اليمين عليها وان حلفت لحق النسب بالزوج ولا ينتفي الا باللعان لانه ثبتت ولادته على فراشه وان نكلت فهل توقف اليمين الى أن يبلغ الصبي فيحلف

ويثبت نسبه فيه وجهان بناء على القولين في رد اليمين على الجارية المرهونة اذا أحبلها الراهن وادعى أن المرتهن اذن له في وطئها وأنكر المرتهن ونكلا جميعا عن اليمين أحدهما لا ترد اليمين لان اليمين حق للزوجة وقد أسقطته بالنكول فلم يثبت لغيرها والثاني ترد لانه يتعلق بيمينها حقها وحق الولد فاذا اسقطت حقها لم يسقط حق الولد

(فصل) وان جاءت امرأة ومعها ولد وادعت أنه ولدها منه وقال الزوج ليس هذا مني ولا هو منك بل هو لقيط أو مستعار لم يقبل قولها أنه منها من غير بينة لان الولادة تمكن اقامة البينة عليها والاصل عدمها فلم يقبل قولها من غير بينة فان قلنا ان الولد يعرض مع الام على القافة في أحد الوجهين عرض على القافة فان الحقته بالام لحق بها وثبت نسبه من الزوج لانها أتت به على فراشه ولا ينتفي عنه الا باللعان وان قلنا ان الولد لا يعرض مع الأم على القافة أو لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم أنها ولدته على فراشه فاذا حلف انتفى النسب من غير لعان لانه لم تثبت ولادته على فراشه وان نكل رددنا اليمين عليها فان حلفت لحقه نسبه ولا ينتفي عنه الا باللعان وان نكلت فهل توقف اليمين على بلوغ الولد ليحلف على ماذكرناه من الوجهين في الفصل قبله

(فصل) اذا تزوج امرأة وهي وهو ممن يولد له ووطئها ولم يشاركه أحد في وطئها بشبهة ولا غيرها وأتت بولد لستة أشهر فصاعدا لحقه نسبه ولا يحل له نفيه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين نزلت آية الملاعنة أيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضحه الله على رؤس الأولين والآخرين وان أتت امرأة بولد يلحقه في الظاهر بحكم الامكان وهو يعلم أنه لم يصبها وجب عليه نفيه باللعان لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شئ ولن يدخلها الله تعالى جنته فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم دل على ان الرجل مثلها ولانه اذا لم ينفه جعل الاجنبي مناسباله ومحرماله ولاولاده ومزاحمالهم في حقوقهم وهذا لا يجوز ولا يجوز أن يقذفها لجواز أن يكون من وطء شبهة أو من زوج قبله

(فصل) وان وطئ زوجته ثم استبرأها بحيضة وطهرت ولم يطأها وزنت وأتت بولد لستة أشهر فصاعدا من وقت الزنا لزمه قذفها ونفي النسب لما ذكرناه وان وطئها في الطهر الذي زنت فيه فأتت بولد وغلب على ظنه أنه ليس منه بان علم أنه كان يعزل منها أو رأى فيه شبها بالزاني لزمه نفيه باللعان وان لم يغلب على ظنه أنه ليس منه لم ينفه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر

(فصل) وان أتت امرأته بولد أسود وهما أبيضان أو بولد أبيض وهما أسودان ففيه وجهان أحدهما أن له أن ينفيه لما روى ابن عباس رضي الله عنه في حديث هلال بن أمية ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان لكان لي ولها شأن فجعل الشبه دليلا على انه ليس منه والثاني أنه لا يجوز نفيه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم من بني فزارة فقال ان امرأتي جاءت بولد أسود ونحن أبيضان فقال هل لك من ابل قال نعم قال ما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق قال ان فيها لورقا قال فأنى ترى ذلك قال عسى أن يكون نزعه عرق قال وهذا عسى أن يكون نزعه عرق

(فصل) وان أتت امرأته بولد وكان يعزل عنها اذا وطئها لم يجز له نفيه لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال يارسول الله انا نصيب السبايا ونحب الاثمان أفنعزل عنهن فقال صلى الله عليه وسلم ان الله

(قوله من جحد ولده وهو ينظر اليه) أي يتحقق ويتيقن انه ولده كأنه ينظر اليه بعينه (قوله وان جاءت به أورق جعدا جماليا) الورقة السمرة والاورق الاسمر ومنه قيل للرماد أورق وللحمامة ورقاء وجعدا أي جعد الشعر وهو ضد السبط وقال الهروي يكون مدحا وذما فالمدح بمعنيين أحدهما أن يكون معصوب الخلق شديد الاسر والثاني أن يكون شعره جعدا والذم بمعنيين أحدهما أن يكون قصيرا مترددا والثاني أن يكون نحيلا يقال رجل جعد اليدين وجعد الاصابع أي منقبضها والجمالي بضم الجيم الضخم الاعضاء التام الاوصال قالوا ناقة جمالية شبهت بالجمل عظما وشدة وبدانة قال

جمالية لم يبق سيري ورحلتي * على ظهرها من نيها غير محفدي

وخدلج الساقين خفاق القدم وخفاق بالقاف وهو الذي صدر قدمه عريض وسابغ الاليتين يقال شئ سابغ أي كامل واف ومنه الدرع السابغة (قوله ان فيها لورقا) جمع اورقاء وهي الناقة يضرب بياضها الى السواد كلون الرماد والاورق أطيب الابل عندهم لحما وليس بمحمود عندهم في عمله وسيره

عز وجل اذا قضى خلق نسمة خلقها ولانه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق به وان أتت بولد وكان يجامعها فيما دون الفرج ففيه وجهان احدهما لا يجوز له النفي لانه قد يسبق الماء الى الفرج فتعلق به والثانى ان له نفيه لان الولد من أحكام الوطء فلا يتعلق بما دونه كسائر الاحكام وان أتت بولد وكان يطؤها فى الدبر ففيه وجهان احدهما لا يجوز له نفيه لانه قد يسبق من الماء الى الفرج ما تعلق به والثانى له نفيه لانه موضع لا يبتغى منه الولد

﴿فصل﴾ اذا قذف زوجته وانتفى عن الولد فان كان حملا فله ان يلاعن وينفى الولد لان هلال بن أمية لاعن على نفى الحمل وله ان يؤخره الى ان تضع لانه يجوز ان يكون ريحا أو غلظا فيؤخر ليلاعن على يقين وان كان الولد منفصلا ففى وقت نفيه قولان احدهما له الخيار فى نفيه ثلاثة أيام لانه قد يحتاج الى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النفى فجعل الثلاث حدا لانه قريب ولهذا قال الله عز وجل يا قوم هذه ناقة الله لكم آية فذروها تأكل فى أرض الله ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ثم فسر القريب بالثلاث فقال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب والثانى وهو المنصوص فى عامة الكتب انه على الفور لانه خيار غير مؤبد لدفع الضرر فكان على الفور كخيار الرد بالعيب فان حضرت الصلاة فبدأ بها أو كان جائعا فبدأ بالاكل أو له مال غير محرز واشتغل باحرازه أو كان عادته الركوب واشتغل باسراج المركوب فهو على حقه من النفى لانه تأخير لعذر وان كان محبوسا أو مريضا أو قيما على مريض أو غائبا لا يقدر على المسير وأشهد على النفى فهو على حقه وان لم يشهد مع القدرة على الاشهاد سقط حقه لانه لما تعذر عليه الحضور للنفى أقيم الاشهاد مقامه الى ان يقدر كما أقيمت الفيئة باللسان مقام الوطء فى حق المولى اذا عجز عن الوطء الى ان يقدر

﴿فصل﴾ وان ادعى انه لم يعلم بالولادة فان كان فى موضع لا يجوز ان يخفى عليه ذلك من طريق العادة بان كان معها فى دار أو محلة صغيرة لم يقبل لانه يدعى خلاف الظاهر وان كان فى موضع يجوز ان يخفى عليه كالبلد الكبيرة فالقول قوله مع يمينه لان ما يدعيه ظاهر وان قال علمت بالولادة الا انى لم أعلم ان لى النفى فان كان ممن يخالط أهل العلم لم يقبل قوله لانه يدعى خلاف الظاهر وان كان قريب عهد بالاسلام أو نشأ فى موضع بعيد من أهل العلم قبل قوله لان الظاهر انه صادق فيما يدعيه وان كان فى بلد فيه أهل العلم الا انه من العامة ففيه وجهان احدهما لا تقبل كما لا يقبل قوله اذا ادعى الجهل برد المبيع بالعيب والثانى تقبل لان هذا لا يعرفه الا الخواص من الناس بخلاف رد المبيع بالعيب فان ذلك يعرفه الخاص والعام

﴿فصل﴾ وان هنأه رجل بالولد فقال بارك الله لك فى مولودك وجعله الله لك خلفا مباركا وأمن على دعائه أو قال استجاب الله دعاءك سقط حقه من النفى لان ذلك يتضمن الاقرار به وان قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله لم يسقط حقه من النفى لانه يحتمل انه قال له ذلك ليقابل التحية بالتحية

﴿فصل﴾ وان كان الولد حملا فقال أخرت النفى حتى ينفصل ثم ألاعن على يقين فالقول قوله مع يمينه لانه تأخير لعذر يحتمله الحال وان قال أخرت لانى قلت لعله يموت فلا احتاج الى اللعان سقط حقه من النفى لانه ترك النفى من غير عذر

﴿فصل﴾ اذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن احدهما وأقر بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لانهما حمل واحد فلا يجوز ان يلحقه أحدهما دون الآخر وجعلنا ما انتفى منه تابعا لما أقر به ولم نجعل ما أقر به تابعا لما انتفى منه لان النسب يحتاط لاثباته ولا يحتاط لنفيه ولهذا اذا أتت بولد يمكن ان يكون منه ويمكن ان لا يكون منه ألحقناه به احتياطا لاثباته ولم ننفه احتياطا لنفيه وان أتت بولد فنفاه باللعان

ثم

(قوله خلفا صالحا) الخلف ما جاء بعد يقال خلف سوء من أبيه بالاسكان وخلف صدق بالتحريك اذا قام مقامه وقال الاخفش هما سواء منهم من يحرك خلف صدق ويسكن الآخر يريد الفرق بينهما (قوله ليقابل التحية بالتحية) هى ههنا الدعاء أى يقابل الدعاء بالدعاء وهى تفعله من الحياة

ثم أتت بولد آخر لاقل من ستة أشهر من ولادة الاول لم ينتف الثاني من غير اللعان لان اللعان يتناول الاول فان نفاه باللعان انتفى وان أقر به أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لانهما حمل واحد وجعلنا ما نفاه تابعا لما لحقه ولم نجعل ما لحقه تابعا لما نفاه لما ذكرناه في التوأمين وان أتت بالولد الثاني لستة أشهر من ولادة الاول انتفى بغير لعان لانها علقت به بعد زوال الفراش

﴿فصل﴾ وان لاعنها على حمل فولدت ولدين بينهما دون ستة أشهر لم يلحقه واحد منهما لانهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيا به وان كان بينهما أكثر من ستة أشهر انتفى الاول باللعان وانتفى الثاني بغير لعان لانا تيقنا بوضع الاول براءة رحمها منه وانها علقت بالثاني بعد زوال الفراش

﴿فصل﴾ وان قذف امرأته بزنا اضافه الى ماقبل النكاح فان لم يكن نسب لم يلاعن لاسقاط الحد لانه قذف غير محتاج اليه فلم يجز تحقيقه باللعان كقذف الاجنبية وان كان هناك نسب يلحقه ففيه وجهان احدهما وهو قول أبي اسحق انه لا يلاعن لانه قذف غير محتاج اليه لانه كان يمكنه ان يطلق ولا يضيفه الى ماقبل العقد والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ان له ان يلاعن لانه نسب يلحقه من غير رضاه لا ينتفي بغير لعان فجاز له نفيه باللعان

﴿فصل﴾ وان أبانها ثم قذفها بزنا اضافه الى حال النكاح فان لم يكن نسب لم يلاعن لدرء الحد لانه قذف غير محتاج اليه وان كان هناك نسب فان كان ولدا منفصلا فله ان يلاعن لنفيه لانه يحتاج الى نفيه باللعان وان كان حملا فقد روى المزني في المختصر ان له ان ينفيه وروى في الجامع انه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق لا يلاعن قولا واحدا وما رواه المزني في المختصر أراد اذا انفصل وقد بين في الام فانه قال لا يلاعن حتى ينفصل ووجهه ان الحمل غير متحقق لجواز أن يكون ريحا فينفش ويخالف اذا قذفها في حال الزوجية لان هناك يلاعن لدرء الحد فتبعه نفي الحمل وههنا ينفرد الحمل باللعان فلم يجز قبل ان يتحقق ومن أصحابنا من قال فيه قولان احدهما لا يلاعن حتى ينفصل لما ذكرناه والثاني يلاعن وهو الصحيح لان الحمل موجود في الظاهر ومحكوم بوجوده ولهذا أمر بأخذ الحامل في الديات ومنع من أخذها في الزكاة ومنعت الحامل اذا طلقت ان تتزوج حتى تضع وهذه الطريقة هي الصحيحة لان الشافعي رحمه الله نص في مثلها على قولين وهي في نفقة المطلقة الحامل فقال فيها قولان احدهما تجب لها النفقة يوما بيوم والثاني لا تجب حتى تنفصل

﴿فصل﴾ وان قذف امرأته وانتفى عن حملها وأقام على الزنا بينة سقط عنه الحد بالبينة وهل له ان يلاعن لنفي الحمل قبل ان ينفصل على ماذكرناه من الطريقين في الفصل قبله

﴿فصل﴾ وان قذف امرأته في نكاح فاسد فان لم يكن نسب لم يلاعن لدرء الحد لانه قذف غير محتاج اليه وان كان هناك نسب فان كان ولدا منفصلا فله ان يلاعن لنفيه لانه ولد يلحقه بغير رضاه لا ينتفي عنه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كالولد في النكاح الصحيح وان كان حملا فعلى ماذكرناه من الطريقين

﴿فصل﴾ وان ملك أمة لم تصر فراشا بنفس الملك لانه قد يقصد بملكها الوطء وقد يقصد به التمول والخدمة والتجمل فلم تصر فراشا فان وطئها صارت فراشا له فان أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه لان سعدا نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم هو لك الولد للفراش وللعاهر الحجر وروى ابن عمر رضي الله عنه ان عمر رضي الله عنه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها انه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا وان قذفها وانتفى عن ولدها فقد قال أحمد تعجبون من أبي عبد الله يقول بنفي ولد الامة باللعان فجعل أبو العباس هذا قولا ووجهه أنه كالنكاح في لحوق النسب

(قوله ابن وليدة زمعة) الوليدة الجارية وجمعها ولائد والوليد العبد (قوله وللعاهر الحجر) العاهر الزاني ومعناه لاشئ له كما يقال له الحجر اذا قصد تكذيبه

فكان كالنكاح فى النفى باللعان ومن أصحابنا من قال لا يلاعن لنفيه قولا واحدا لانه يمكنه نفيه بغير اللعان وهو بأن يدعى الاستبراء ويحلف عليه فلم يجز نفيه باللعان بخلاف النكاح فانه لا يمكنه نفى الولد فيه بغير لعان ولعل أحدا أراد بأبى عبد الله غير الشافعى رحمة الله عليهما

﴿فصل﴾ اذا قذف امرأته بزناءين وأراد اللعان كفاه لهما لعان واحد لانه فى أحد القولين يجب حد واحد فكفاه فى اسقاطه لعان واحد وفى القول الثانى يجب حدان الا أنهما حقان لواحد فاكتفى فيهما بلعان واحد كما يكتفى فى حقين لواحد بيمين واحد وان قذف أربع نسوة أفرد كل واحدة منهن بلعان لانها أيمان فلم تتداخل فيها حقوق الجماعة كالايمان فى المال وان قذفهن بكلمات بدأ بلعان من بدأ بقذفها لان حقها أسبق وان قذفهن بكلمة واحدة وتشاححن فى البداية أقرع بينهن فمن خرجت لها القرعة بدأ بلعانها وان بدأ بلعان احداهن من غير قرعة جاز لان الباقيات يصلن الى حقوقهن من اللعان من غير نقصان

﴿باب من يصح لعانه وكيف اللعان وما يوجبه من الاحكام﴾

يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل مختار مسلما كان أو كافرا حرا كان أو عبدا لقوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ولان اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب والكافر كالمسلم والعبد كالحر فى ذلك فأما الصبى والمجنون فلا يصح لعانهما لانه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق وأما الاخرس فانه ان لم يكن له اشارة معقولة ولا كتابة مفهومة لم يصح لعانه لانه فى معنى المجنون وان كانت له اشارة معقولة أو كتابة مفهومة صح لعانه لانه كالناطق فى نكاحه وطلاقه فكان كالناطق فى لعانه وأما من اعتقل لسانه فانه ان كان مأيوسا منه صح لعانه بالاشارة كالاخرس وان لم يكن مأيوسا منه ففيه وجهان أحدهما لا يصح لعانه لانه غير مأيوس من نطقه فلم يصح لعانه بالاشارة كالساكت والثانى يصح لان أمامة بنت أبى العاص رضى الله عنها أصمتت فقيل لها ألفلان كذا ولفلان كذا فأشارت أى نعم فرفع ذلك فرؤيت أنها وصية ولانه عاجز عن النطق يصح لعانه بالاشارة كالاخرس

(قوله اعتقل) لسانه أى لم يقدر على الكلام مشتق من عقال البعير (قوله أصمتت) أصمت العليل فهو مصمت اذا اعتقل لسانه فلم ينطق (قوله يترجم عنه) أى يعبر عنه وهو الترجمان كأنه فارسى معرب ويدرأ عنها العذاب والمعرة ذكرا

﴿فصل﴾ وان كان أعجميا فان كان يحسن بالعربية ففيه وجهان أحدهما يصح لعانه بلسانه لانه يمين فصح بالعجمية مع القدرة على العربية كسائر الأيمان والثانى لا يصح لان الشرع ورد فيه بالعربية فلم يصح بغيرها مع القدرة كأذكار الصلاة فان لم يحسن بالعربية لاعن بلسانه لانه ليس بأكثر من أذكار الصلاة وأذكار الصلاة تجوز بلسانه اذا لم يحسن بالعربية فكذلك اللعان وان كان الحاكم لا يعرف لسانه أحضر من يترجم عنه وفى عدده وجهان بناء على القولين فى الشهادة على الاقرار بالزنا أحدهما يحتاج الى أربعة والثانى يكفيه اثنان

﴿فصل﴾ ولا يصح اللعان الا بأمر الحاكم لانه يمين فى دعوى فلم يصح الا بأمر الحاكم كاليمين فى سائر الدعاوى فان كان الزوجان مملوكين جاز للسيد أن يلاعن بينهما لانه يجوز أن يقيم عليهما الحد فجاز أن يلاعن بينهما كالحاكم

﴿فصل﴾ واللعان هو أن يقول الزوج أربع مرات أشهد بالله انى لمن الصادقين ثم يقول وعلى لعنة الله ان كنت من الكاذبين وتقول المرأة أربع مرات أشهد بالله انه لمن الكاذبين ثم تقول وعلى غضب الله ان كان من الصادقين والدليل عليه قوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب

الله

الله عليها ان كان من الصادقين فان أخل أحدهما بأحد هذه الالفاظ الخمسة لم يعتد به لان الله عز وجل علق الحكم على هذه الالفاظ فدل على أنه لا يتعلق بما دونها ولانه بينة يتحقق بها الزنا فلم يجز النقصان عن عددها كالشهادة وان أبدل لفظ الشهادة بلفظ من ألفاظ اليمين بأن قال أحلف أو أقسم أو أولى ففيه وجهان أحدهما يجوز لان اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين والثانى انه لا يجوز لانه أخل باللفظ المنصوص عليه وان أبدل لفظ اللعنة بالابعاد أو لفظ الغضب بالسخط ففيه وجهان أحدهما يجوز لان معنى الجميع واحد والثانى لا يجوز لانه ترك المنصوص عليه وان أبدلت المرأة لفظ الغضب بلفظ اللعنة لم يجز لان الغضب أغلظ ولهذا خصت المرأة به لان المعرة بزناها أقبح وإثمها بفعل الزنا أعظم من اثمه بالقذف وان أبدل الرجل لفظ اللعنة بلفظ الغضب ففيه وجهان أحدهما يجوز لان الغضب أغلظ والثانى لا يجوز لانه ترك المنصوص عليه وان قدم الرجل لفظ اللعنة على لفظ الشهادة أو قدمت المرأة لفظ الغضب على لفظ الشهادة ففيه وجهان أحدهما يجوز لان القصد منه التغليظ وذلك يحصل مع التقديم والثانى لا يجوز لانه ترك المنصوص عليه

﴿فصل﴾ والمستحب أن يكون اللعان بحضرة جماعة لان ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رضى الله عنهم حضروا اللعان بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم على حداثة سنهم والصبيان لا يحضرون المجالس الا تابعين للرجال فدل على أنه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان ولان اللعان بنى على التغليظ للردع والزجر وفعله فى الجماعة أبلغ فى الردع والمستحب أن يكونوا أربعة لان اللعان سبب للحد ولا يثبت الحد الا بأربعة فيستحب أن يحضر ذلك العدد ويستحب أن يكون بعد العصر لان اليمين فيه أغلظ والدليل عليه قوله عز وجل تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله قيل هو بعد العصر وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولهم عذاب أليم رجل حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه ورجل حلف يمينا بعد صلاة العصر لقد أعطى بسلعته أكثر مما أعطى وهو كاذب ورجل منع فضل الماء فان الله عز وجل يقول اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ما لم تعمله يداك ويستحب ان يتلاعنا من قيام لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال بن أمية فأرسل اليهما فجا آ فقام هلال فشهد ثم قامت فشهدت ولان فعله من قيام أبلغ فى الردع واختلف قوله فى التغليظ بالمكان فقال فى أحد القولين انه يجب لانه تغليظ ورد به الشرع فأشبه التغليظ بتكرار اللفظ وقال فى الآخر يستحب كالتغليظ فى الجماعة والزمان والتغليظ بالمكان ان يلاعن بينهما فى أشرف موضع من البلد الذى فيه اللعان فان كان بمكة لاعن بين الركن والمقام لان اليمين فيه أغلظ والدليل عليه ما روى ان عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوما يحلفون بين الركن والمقام فقال أعلى دم قالوا لا قال أفعلى عظيم من المال فقالوا لا فقال لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام وان كان فى المدينة لاعن فى المسجد لانه أشرف البقاع بها وهل يكون على المنبر أو عند المنبر اختلفت الرواية فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم فروى أبو هريرة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من حلف عند منبرى على يمين آثمة ولو على سواك من رطب وجبت له النار وروى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار فقال أبو اسحق ان كان الخلق كثيرا لاعن على المنبر ليسمع الناس وان كان الخلق قليلا لاعن عند المنبر مما يلى قبر النبى صلى الله عليه وسلم وقال أبو على بن أبى هريرة لا يلاعن على المنبر لان ذلك علو وشرف والملاعن ليس فى موضع العلو والشرف وحمل قوله على منبرى أى عند منبرى لان حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض وان كان بيت المقدس لاعن عند الصخرة

المكروه وقال العزيزى المعرّة جناية كجناية العر وهو الجرب والقافة وقد ذكرت (قوله حلف على مال مسلم فاقتطعه) أى غصبه وملكه ومنه اقطاع السلطان وفى الحديث اقطع الزبير حضر فرسه أى ملكه (قوله بيع فضل الماء) الفضل الزيادة ومعناه مازاد على حاجته يقال فضل يفضل وفضل يفضل وفضل بالكسر يفضل بالضم ثلاث لغات وقد مضت (قوله لقد خشيت أن يبهأ الناس) أى يأنسوا به حتى تقل هيبته فى صدورهم فيستخفوا به ويحتقروه يقال بهات به أبهأ بهوأ اذا أنست به (قوله سواك من رطب) قال الجوهرى الرطب بالضم ساكنة الطاء الكلأ قال ذو الرمة

حتى اذا معمعان الصيف هب له
بأجه نش عنها الماء والرطب

وهو مثل عشر وعشر ويمين آثمة بمعنى مؤثمة فاعلة بمعنى مفعلة (قوله تبوأ مقعده من النار) أى لزمه وتمكن منه والمباءة المنزل الملزوم يقال بوأت فلانا منزلا أى أنزلته (قوله حروف الصفات) هى حروف الجر سميت بذلك لانها توصف بها النكرات وقد ذكرنا أن الكنيسة مسجد اليهود والبيعة مسجد النصارى

لانه أشرف البقاع بها وان كان فى غيرها من البلاد لاعن فى الجامع وان كانت المرأة حائضا لاعنت على باب المسجد لانه أقرب الى الموضع الشريف وان كان يهوديا لاعن فى الكنيسة وان كان نصرانيا لاعن فى البيعة وان كان مجوسيا لاعن فى بيت النار لان هذه المواضع عندهم كالمساجد عندنا

﴿فصل﴾ واذا أراد اللعان فالمستحب للحاكم ان يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم ذكرهما وأخبرهما ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما وان كانت المرأة غير برزة بعث اليها الحاكم من يستوفى عليها اللعان ويستحب ان يبعث معه أربعة

﴿فصل﴾ ويبدأ بالزوج ويأمره ان يشهد لان الله تعالى بدأ به وبدأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لعان هلال بن أمية ولان لعانه بينة لاثبات الحق ولعان المرأة بينة الانكار فقدمت بينة الاثبات فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به لان لعانها لاسقاط الحد والحد لا يجب الا بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله والمستحب اذا بلغ الزوج الى كلمة اللعنة والمرأة الى كلمة الغضب ان يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال لما كان فى الخامسة قيل يا هلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها فشهد الخامسة فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ويستحب ان يأمر من يضع يده على فيه فى الخامسة لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر رجلا ان يضع يده على فيه عند الخامسة يقول انها موجبة

﴿فصل﴾ وان لاعن وهى غائبة لحيض أو موت قال أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة ويرفع فى نسبها حتى تتميز وان كانت حاضرة ففيه وجهان أحدهما يجمع بين الاشارة والاسم لان مبنى اللعان على التأكيد ولهذا تكرر فيه لفظ الشهادة وان حصل المقصود بمرة والثانى انه تكفيه الاشارة لانها تتميز بالاشارة كما تتميز فى النكاح والطلاق

﴿فصل﴾ وان كان القذف بالزنا كرره فى الالفاظ الخمسة فان قذفها بزانيين ذكرهما فى الالفاظ الخمسة لانه قد يكون صادقا فى أحدهما دون الآخر فان سمى الزانى بها ذكره فى اللعان فى كل مرة لانه ألحق به المعرة فى افساد الفراش فكرره فى اللعان كالمرأة فان قذفها بالزنا وانتفى من الولد قال فى كل مرة وان هذا الولد من زنا وليس منى فان قال هذا الولد ليس منى ولم يقل من زنا لم ينتف لانه يحتمل أن يريد انه ليس منى فى الخلق أو الخلق وان قال هذا الولد من زنا ولم يقل وليس منى ففيه وجهان أحدهما وهو قول القاضى أبى حامد المروزى انه ينتفى منه لان ولد الزنا لا يلحق به والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايينى انه لا ينتفى لانه قد يعتقد ان الوطء فى النكاح بلا ولى زنا على قول أبى بكر الصيرفى فوجب ان يذكر انه ليس منى لينتفى الاحتمال

﴿فصل﴾ واذا لاعن الزوج سقط عنه ما وجب بقذفه من الحد أو التعزير والدليل عليه ما روى عبد الله بن عباس رضى الله عنه ان هلال بن أميه قذف امرأته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة أو حد فى ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله فى أمرى ما يبرئ ظهرى من الحد فنزلت والذين يرمون أزواجهم فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل وان قذفها برجل فسماه فى اللعان سقط عنه حده لأنه سماه فى اللعان فسقط حده كالمرأة فان لم يسمه فى اللعان

(قوله ذكرها) أى وعظهما قال الله تعالى وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين وسمى الواعظ المذكر وكذا المؤذن وأصله من الذكر ضد النسيان (قوله وان كانت غير برزة) البرزة التى لا تحتجب وتبرز أى تظهر والبروز الظهور ومنه وترى الارض بارزة (قوله فتلكأت) أى توقفت يقال تلكأ عن الامر تلكأ تباطأ عنه وتوقف (قوله ويرفع فى نسبها حتى تتميز) يريد يذكر أجدادها الذين تنسب اليهم من رفعت الحديث اذا أسندته (قوله فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) أى كشف واسرى الهم عنه مثله ومنه الحديث الآخر فاذا مطرت يعنى السحابة سرى عنه أى كشف عنه الخوف (قوله قد جعل الله لك فرجا ومخرجا) الفرج بالتحريك زوال الغم يقال فرج الله غمه تفريجا وكذلك فرج الله عنك غمك يفرج بالكسر والتخفيف ومخرجا مما دخل عليك من شدة وبلاء

ففيه قولان أحدهما يسقط حده لأنه أحد الزانيين فسقط حده باللعان كالزوجة والثانى لا يسقط حده لانه لم يسمه فى اللعان فلم يسقط حده كالزوجة اذا لم يسمها فعلى هذا اذا أراد اسقاط حده استأنف اللعان وذكره وأعاد ذكر الزوجة

(فصل) وان نفى باللعان نسب ولد انتفى عنه لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان رجلا لاعن امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى عن ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة فان لم يذكر النسب فى اللعان أعاد اللعان لانه لم ينتف باللعان الاول

(فصل) ويجب على المرأة حد الزنا لانه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة ولا يجب على الرجل الذى رماها به حد الزنا لانه لا يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان

(فصل) وان كان اللعان فى نكاح صحيح وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضى الله عنه وحرمت عليه على التأبيد لما روى سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا فان كان اللعان فى نكاح فاسد أو كان اللعان بعد البينونة فى زنا أضافه الى حال الزوجية فهل تحرم المرأة على التأبيد فيه وجهان أحدهما تحرم وهو الصحيح لان ما أوجب تحريما مؤبدا اذا كان فى نكاح أوجبه وان لم يكن فى نكاح كالرضاع والثانى لا يحرم لان التحريم تابع للفرقة ولم يقع بهذا اللعان فرقة فلم يثبت به تحريم

(فصل) وللمرأة أن تدرأ حد الزنا عنها باللعان لقوله عز وجل ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ولا تذكر المرأة النسب فى اللعان لانه لا مدخل لها فى اثبات النسب ولا فى نفيه

(فصل) اذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه وجب عليه حد القذف ان كانت المرأة محصنة أو التعزير ان لم تكن محصنة ولحقه النسب لان ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه ولا يعود الفراش ولا يرتفع التحريم لانه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه وان لاعنت المرأة ثم أكذبت نفسها وجب عليها حد الزنا لانه لا يتعلق بلعانها أكثر من سقوط حق الزنا وهو حق عليها فعاد باكذابها

(فصل) وان مات الزوج قبل اللعان وقعت الفرقة بالموت وورثته الزوجة لان الزوجية بقيت الى الموت فان كان هناك ولد ورثه لانه مات قبل نفيه وما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها سقط بموته لانه اختص ببدنه وقد فات وان ماتت الزوجة قبل لعان الزوج وقعت الفرقة بالموت وورثها الزوج لان الزوجية بقيت الى الموت وان كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه لان الحاجة داعية الى نفيه فان طالبه ورثتها بحد القذف لاعن لاسقاطه ولا يسقط من الحد لو لم يلاعن شئ لحقه من الارث كما يسقط ما له عليه من القصاص لان القصاص ثبت مشتركا بين الورثة فاذا سقط ما يخصه بالارث سقط الباقى وحد القذف يثبت جميعه لكل واحد من الورثة ولهذا لو عفا بعضهم عن حقه كان للباقين أن يستوفوا الجميع فان مات الولد قبل أن ينفيه باللعان جاز له نفيه باللعان لانه يلحقه نسبه بعد الموت فجاز له نفيه واذا نفاه لم يرثه لانا تبينا باللعان انه لم يكن ابنه

(فصل) اذا قذف امرأته وامتنع من اللعان فضرب بعض الحد ثم قال أنا ألاعن سمع اللعان وسقط ما بقى من الحد وكذلك اذا نكلت المرأة عن اللعان فضربت بعض الحد ثم قالت أنا ألاعن سمع اللعان وسقط بقية الحد لان ما أسقط جميع الحد أسقط بعضه كالبينة

(فصل) اذا قذفها ثم تلاعنا ثم قذفها نظرت فان كان بالزنا الذى تلاعنا عليه لم يجب عليه حد لان اللعان فى حقه كالبينة ولو أقام البينة على القذف ثم أعاد القذف لم يجب الحد وكذلك اذ لاعن وان

قذفها بزنا آخر ففيه وجهان أحدهما انه لا يجب الحد لان اللعان فى حقه كالبينة ثم بالبينة يبطل احصانها فكذلك فى اللعان والثانى يجب عليه الحد لان اللعان لا يسقط الا ما يجب بالقذف فى الزوجية لحاجته الى قذف الزوجة وقد زالت الزوجية باللعان فزالت الحاجة الى القذف فلزمه الحد وان تلاعنا ثم قذفها أجنبي حد لان اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يسقط به الحد عن الاجنبي فان قذفها ولاعنها ونكلت عن اللعان فحدت فقد اختلف أصحابنا فيها فقال أبو العباس لا يرتفع احصانها الا فى حق الزوج فان قذفها أجنبي وجب عليه الحد لان اللعان حجة اختص بها الزوج فلا يبطل به الاحصان الا فى حقه وقال أبو اسحق يرتفع احصانها فى حق الزوج والاجنبي فلا يجب على واحد منهما الحد بقذفها لانها محدودة فى الزنا فلم يحد قاذفها كما لو حدت بالاقرار أو البينة

﴿كتاب الأيمان﴾ باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين

تصح اليمين من كل مكلف مختار قاصد الى اليمين لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وأما غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم فلا تصح يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه قول يتعلق به وجوب حق فلا يصح من غير مكلف كالبيع وفيمن زال عقله بالسكر طريقان على ما ذكرناه فى الطلاق وأما المكره فلا تصح يمينه لما روى واثلة بن الاسقع وأبو امامة رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس على مقهور يمين ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كما لو أكره على كلمة الكفر وأما من لا يقصد اليمين وهو الذى يسبق لسانه الى اليمين أو أراد اليمين على شئ فسبق لسانه الى غيره فلا تصح يمينه لقوله عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم انهم قالوا هو قول الرجل لا والله و بلى والله ولان ما سبق اليه اللسان من غير قصد لا يؤاخذ به كما لو سبق لسانه الى كلمة الكفر

﴿فصل﴾ ويصح اليمين على الماضي والمستقبل فان حلف على ماض وهو صادق فلا شئ عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المدعى عليه ولا يجوز أن يجعل اليمين عليه الا وهو صادق فدل على أنه يجوز أن يحلف على ما هو صادق فيه وروى محمد بن كعب القرظي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال وهو على المنبر وفى يده عصا يا أيها الناس لا يمنعكم اليمين عن أخذ حقوقكم فوالذى نفسى بيده ان فى يدى عصا وان كان كاذبا وهو أن يحلف على أمر أنه كان ولم يكن أو على أمر أنه لم يكن وكان اثم بذلك وهى اليمين الغموس والدليل عليه ما روى عن الشعبي رضى الله عنه عن عبد الله بن عمر قال جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الكبائر قال الشرك بالله قال ثم ماذا قال عقوق الوالدين قال ثم ماذا قال اليمين الغموس قيل للشعبي ما اليمين الغموس قال الذى يقتطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها كاذب وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وهو فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله عز وجل وهو عليه غضبان وان كان على مستقبل نظرت فان كان على أمر مباح ففيه وجهان أحدهما الاولى أن لا يحنث لقوله عز وجل ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والثانى أن الاولى أن يحنث لقوله عز وجل لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم فان حلف على فعل مكروه أو ترك مستحب فالاولى أن يحنث لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليفعل الذى هو خير

﴿فصل﴾ وتكره الايمان بغير الله عز وجل فان حلف بغيره كالنبي والكعبة والآباء والاجداد لم تنعقد

يمينه

﴿ومن كتاب الأيمان﴾ أصل اليمين مأخوذ من يمين الانسان وهى ضد يساره لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه يمين صاحبه ولان الحالف يشير بيمينه الى الشئ المحلوف عليه وقد ذكرنا المكلف والتكليف (قوله لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم) يقال لغا يلغو ويلغا ولغا يلغا اذا تكلم بما لا حقيقة له ولا قصد له فيه وقد ذكر فى التفسير هو ما يسبق اليه اللسان من غير قصد كقولهم لا والله وبلى والله قال الازهرى اللغو فى كلام العرب على وجهين أحدهما فضول الكلام وباطله الذى يجرى على غير عقد والثانى ما كان فيه رفث وفحش ومأثم وقال قتادة فى قوله تعالى لا تسمع فيها لاغية أى لا تسمع ما يؤثمها ولكن يؤاخذكم بما عقدتم بتشديد للتكثير (قوله اليمين الغموس) مفسرة وقال الجوهرى هى التى تغمس صاحبها فى الاثم ثم فى النار ويقتطع بها مالك وقد ذكر

يمينه لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الا بالله تعالى وروى عن عمر رضى الله عنه قال سمعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحلف بأبى فقال ان الله عزوجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فقال عمر رضى الله عنه والله ما حلفت بها ذاكرا ولا آثرا وان قال ان فعلت كذا وكذا فأنا يهودى أو نصرانى أو أنا برىء من الله أو من الاسلام لم ينعقد يمينه لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف أنه برىء من الاسلام فان كان كاذبا فقد قال وان كان صادقا فلم يرجع الى الاسلام سالما ولانه يمين بمحدث فلم ينعقد كاليمين بالمخلوقات

(فصل) وتجوز اليمين بأسماء الله وصفاته فان حلف من أسمائه بالله انعقدت يمينه لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم قال ان شاء الله وان حلف بالرحمن أو بالاله أو بخالق الخلق أو ببارىء النسمة أو بالحى القيوم أو بالحى الذى لا يموت أو برب السموات والارضين أو بمالك يوم الدين أو برب العالمين وما أشبه ذلك من الاسماء التى لا يشاركه فيها أحد انعقدت يمينه لانه لا يسمى بها غيره ولا يوصف بها سواه فصار كما لو قال والله فان حلف بالرحيم والرب والقادر والقاهر والملك والجبار والخالق والمتكبر ولم ينو به غير الله عزوجل انعقدت به يمينه لانه لا تطلق هذه الاسماء الا عليه وان نوى به غيره لم ينعقد لانه قد تستعمل فى غيره مع التقييد لانه يقال فلان رحيم القلب ورب الدار وقادر على المشى وقاهر للعدو وخالق للكذب ومالك للبلد وجبار متكبر فجاز أن تصرف اليه بالنية فان قال والحى والموجود والعالم والمؤمن والكريم لم تنعقد يمينه الا أن ينوى به الله تعالى لان هذه الاسماء مشتركة بين الله تعالى وبين الخلق مستعملة فى الجميع استعمالا واحدا فلم تنصرف الى الله تعالى من غير نية كالكنايات فى الطلاق وان حلف بصفة من صفاته نظرت فان حلف بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله أو ببقائه أو بكلامه انعقدت يمينه لان هذه الصفات للذات لم يزل موصوفا بها ولا يجوز وصفه بضدها فصار كاليمين بأسمائه وان قال وعلم الله ولم ينو به المعلوم أو بقدرة الله ولم ينو به المقدور انعقدت يمينه لان العلم والقدرة من صفات الذات لم يزل موصوفا بهما ولا يجوز وصفه بضدهما فصارا كالصفات الستة فان نوى بالعلم المعلوم أو بالقدرة المقدور لم ينعقد يمينه لانه قد يستعمل العلم فى المعلوم والقدرة فى المقدور ألا ترى انك تقول اغفر لنا علمك فينا وتريد المعلوم وتقول انظروا الى قدرة الله وتريد به المقدور فانصرف اليه بالنية فان قال وحق الله وأراد به العبادات لم ينعقد يمينه لانه يمين بمحدث وان لم ينو العبادات انعقدت يمينه لان الحق يستعمل فيما يستحق من العبادات ويستعمل فيما يستحقه البارى من الصفات وذلك من صفات الذات وقد انضم اليه العرف فى الحلف به فانعقدت به اليمين من غير نية

(فصل) وان قال على عهد الله وميثاقه وكفالته وأمانته فان أراد به ما أخذ علينا من العهد فى العبادات فليس بيمين لانه يمين بمحدث وان أراد بالعهد استحقاقه ما تعبدنا به فهو يمين لانه صفة قديمة وان لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما أنه يمين لان العادة الحلف بها والتغليظ بألفاظها كالعادة بالحلف بالله والتغليظ بصفاته كالطالب الغالب والمدرك المهلك والثانى ليس بيمين لانه يحتمل العبادات ويحتمل ما ذكرناه من استحقاقه ولم يقترن بذلك عرف عام وانما يحلف به بعض الناس وأكثرهم لا يعرفونه فلم يجعل يمينا

(فصل) وان قال بالله لافعلن كذا بالباء المعجمة من تحت فان أراد بالله انى أستعين بالله وأثق بالله فى الفعل الذى أشار اليه لم يكن يمينا لان ما نواه ليس بيمين واللفظ يحتمله فلم يجعل يمينا وان لم يكن له نية كان يمينا

(قوله ذاكرا ولا آثرا) ذاكرا أى ناسيا أى ما حلفت بها وأنا ذاكر اليها لست بناس وقال الجوهرى ليس هو من الذكر بعد النسيان انما يعنى متكلما به كقولك ذكرت لفلان حديث كذا وكذا ولا آثرا أى حاكيا عن غيرى يقال أثرت الحديث آثره أثرا اذا ذكرته عن غيرك ومنه قيل حديث مأثور أى يذكره خلف عن سلف قال الله سبحانه ان هذا الا سحر يؤثر أى يأخذه واحد عن واحد وقال الاعشى

ان الذى فيه تماريتما
بين للسامع والآثر

ومثله قوله تعالى أو اثارة من علم (قوله أو بارىء النسمة) أى خالق الانسان برأ الله الخلق برأ وهو البارىء أى الخالق والبرية الخلق والنسمة الانسان وجمعها نسم والنسمة أيضا النفس بفتح الفاء وهو الربو (قوله وخالق للكذب) يقال خلق الافك واختلقه وتخلقه أى افتراه ومنه قوله تعالى وتخلقون افكا وان هذا الا اختلاق (قوله وجبار متكبر) الجبار الذى يقتل على الغضب والمتكبر المتعظم والكبر العظمة وكذلك الكبرياء (قوله والمؤمن) سمى الله مؤمنا لانه آمن عباده من أن يظلمهم ذكره الجوهرى (قوله بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله) العزة القوة والغلبة من عز اذا غلب أو من العز ضد الذل والكبرياء العظمة وجلاله أيضا عظمته (قوله من صفات الذات) ذات الشىء حقيقته وذات الله تعالى حقيقته وثبوت وحدانيته وربوبيته فى النفس اعتقادا بغير جسم ولا صورة

لان الباء من حروف القسم فحمل اطلاق اللفظ عليه وان قال تالله لافعلن كذا بالتاء المعجمة من فوق فالمنصوص فى الايمان والايلاء أنه يمين وروى المزنى فى القسامة أنه ليس بيمين واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال المذهب ما نص عليه فى الايمان والايلاء لان التاء من حروف القسم والدليل عليه قوله عز وجل وتالله لأكيدن أصنامكم بعد ان تولوا مدبرين وقوله تعالى تالله لقد آثرك الله علينا وان كنا لخاطئين فصار كما لو قال والله وبالله وما رواه المزنى صحف فيه والذى قال المزنى فى القسامة بالباء المعجمة من تحت وتعليله يدل عليه فانه قال لانه دعاء وتالله ليس بدعاء ومن أصحابنا من قال ان كان فى الايمان والايلاء فهو يمين لانه يلزمه حق وان كان فى القسامة لم يكن يمينا لانه يستحق به المال فلم يجعل يمينا وان قال الله لافعلن كذا فان أراد به اليمين فهو يمين لانه قد يحذف حروف القسم ولهذا روى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخبر النبى صلى الله عليه وسلم انه قتل أبا جهل فقال آلله انك قتلته قال آلله انى قتلته وان لم يكن له نية لم يكن يمينا لانه لم يأت بلفظ القسم وان قال لاها الله ونوى به اليمين فهو يمين لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى ساب قتيل قتله أبو قتادة لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق وان لم ينو اليمين لم يكن يمينا لانه غير متعارف فى اليمين فلم يجعل يمينا من غير نية وان قال وايم الله ونوى اليمين فهو يمين لان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى أسامة بن زيد وايم الله انه لخليق بالامارة فان لم يكن له نية لم يكن يمينا لانه لم يقترن به عرف ولا نية

﴿فصل﴾ وان قال لعمر الله ونوى به اليمين فهو يمين لانه قد قيل معناه بقاء الله وقيل حق الله وقيل علم الله والجميع من الصفات التى تنعقد بها اليمين فان لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما أنه يمين لان الشرع ورد به فى اليمين وهو قول الله عز وجل لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون والثانى أنه ليس بيمين وهو ظاهر النص لانه غير متعارف فى اليمين

﴿فصل﴾ وان قال أقسمت بالله أو أقسم بالله لافعلن كذا ولم ينو شيأ فهو يمين لانه ثبت له عرف الشرع وعرف العادة فالشرع قوله عز وجل فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وقوله عز وجل وأقسموا بالله جهد أيمانهم وعرف العادة ان الناس يحلفون بها كثيرا وان قال أردت بقولى أقسمت بالله الخبر عن يمين متقدمة وبقولى أقسم بالله الخبر عن يمين مستأنفة قبل قوله فيما بينه وبين الله تعالى لان ما يدعيه يحتمله اللفظ فأما فى الحكم فالمنصوص فى الايمان انه يقبل وقال فى الايلاء اذا قال لزوجته أقسمت بالله لا وطئتك وقال أردت به فى زمان متقدم انه لا يقبل فمن أصحابنا من قال لا يقبل قولا واحدا وما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ فى عرف الشرع وعرف العادة وقوله فى الايمان انه يقبل ارادته فيما بينه وبين الله عز وجل ومنهم من قال لا يقبل فى الايلاء ويقبل فى غيره من الايمان

(قوله تالله لأكيدن أصنامكم) الكيد المكر كاده يكيده كيدا ومكيدة والمكر هو الاحتيال والخديعة (قوله لقد آثرك الله علينا) أى أعطاك وفضلك من آثرت فلانا على نفسى ايثارا أى جعلته أحق به منى قال الله تعالى ويؤثرون على أنفسهم (قوله آلله انك قتلته) ممدود على لفظ الاستفهام والخفض لا غير لان همزة الاستفهام بدل من حرف القسم الخافض لاسم الله تعالى وفى الثانى يجوز المد والقصر والخفض والنصب والرفع ولا يكون الخفض الا مع المد ومعنى الرفع الله قسمى أو الله الذى أقسم به والنصب لفقدان الخافض كما قالوا يمين الله والرواية فى الصحيح المد فى الاول لانه استفهام صريح والقصر فى الثانى ومن جوز المد فى الثانى فانه قصد العوض لا الاستفهام (قوله لاها الله) هى ههنا التى للتنبيه جعلت عوضا من حرف القسم وقد روى فيها المد ولا أعلم لها وجها وكذا روى فى حديث الربا البر بالبر والشعير بالشعير الى أن قال هاء وهاء يريد يدا بيد ومعناها فى الربا خذ يقال هاك الدرهم أى خذ وفى كتاب الله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه فمدها لاجل الهمزة التى بعدها وقيل هى ممدودة فى نفسها وكذلك ها أنتم هؤلاء وأنشدوا لعلى رضى الله عنه

أفاطم هاء السيف غير ذميم * فلست برعديد ولا بلئيم

(قوله وايم الله انه لخليق بالامارة) ايم أصله ايمن حذفت منه النون لكثرة الاستعمال كما حذفوها فى يكن فقالوا لم يك واختلفوا فى ألفها فسيبويه يقول انها ألف وصل والفراء يقول انها ألف قطع وليس هذا موضع ذكره وأما ميم ايم فالقياس ضمها كما كانت مضمومة قبل الحذف وذكر القاضى انها تخفض بالقسم والواو واو قسم عنده وذا كرت جماعة من ائمة النحو والمعرفة فمنعوا من الخفض وقالوا أيمن نفسها آلة للقسم فلا يدخل على الآلة آلة هكذا ذكر لى من يسمع التاج النحوى رئيس أهل العربية بدمشق (قوله انه لخليق بالامارة) أى حقيق وجدير وقد خلق لذلك كأنه ممن يقدر لذلك ويرى فيه مخايله وهذا مخلقة لذلك أى مجدرة (قوله لعمر الله) كأنه حلف ببقائه وأصل العمر بضم العين فاستعمل فى القسم بالفتح (قوله يعمهون) لا يهتدون والعمه التحير والتردد (قوله وأقسموا بالله جهد أيمانهم) أى بالغوا فى اليمين واجتهدوا فيها

لان

لان الايلاء يتعلق به حق المرأة فلم يقبل منه خلاف الظاهر والحق فى سائر الايمان لله عز وجل فقبل قوله ومنهم من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما يقبل لان مايدعيه يحتمله اللفظ والثانى لا يقبل لان مايدعيه خلاف مايقتضيه اللفظ فى عرف الشرع وعرف العادة فان قال شهدت بالله أو أشهد بالله لافعلن كذا فان نوى به اليمين فهو يمين لانه قد يراد بالشهادة اليمين وان نوى بالشهادة بالله الايمان به فليس بيمين لانه قد يراد به ذلك وان لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما انه يمين لانه ورد به القرآن والمراد به اليمين وهو قوله عز وجل فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والثانى انه ليس بيمين لانه ليس فى اليمين بها عرف من جهة العادة وأما فى الشرع فقد ورد والمراد به اليمين وورد والمراد به الشهادة فلم يجعل يمينا من غير نية وان قال أعزم بالله لافعلن كذا فان أراد به اليمين فهو يمين لانه يحتمل أن يقول أعزم ثم يبتدئ اليمين بقوله بالله لافعلن كذا وان أراد انى أعزم بالله أى بمعونته وقدرته لم يكن يمينا وان لم ينو شيأ لم يكن يمينا لانه يحتمل اليمين ويحتمل العزم على الفعل بمعونة الله فلم يجعل يمينا من غير نية ولا عرف وان قال أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يذكر اسم الله تعالى لم يكن يمينا نوى به اليمين أو لم ينو لان اليمين لا ينعقد الا باسم معظم أو صفة معظمة ليتحقق له المحلوف عليه وذلك لم يوجد

﴿فصل﴾ وان قال أسألك بالله أو أقسم عليك بالله لتفعلن كذا فان أراد به الشفاعة بالله عز وجل فى الفعل لم يكن يمينا وان أراد أن يحلف عليه ليفعلن ذلك صار حالفا لانه يحتمل اليمين وهو أن يبتدئ بقوله بالله لتفعلن كذا وان أراد أن يعقد للمسؤل بذلك يمينا لم تنعقد لواحد منهما لان السائل صرف اليمين عن نفسه والمسؤل لم يحلف

﴿فصل﴾ اذا قال والله لافعلن كذا ان شاء زيد أن أفعله فقال زيد قد شئت أن يفعله انعقدت يمينه لانه علق عقد اليمين على مشيئته وقد وجدت ثم يقف البر والحنث على فعل الشئ وتركه وان قال زيد لست أشاء أن يفعله لم تنعقد اليمين لانه لم يوجد شرط عقدها وان فقدت مشيئته بالجنون أو الغيبة أو الموت لم ينعقد اليمين لانه لم يتحقق شرط الانعقاد ولا ينعقد اليمين به والله أعلم

﴿باب جامع الايمان﴾

اذا حلف لا يسكن دارا وهو فيها فخرج فى الحال بنية التحويل وترك رحله فيها لم يحنث لان اليمين على سكناه وقد ترك السكنى فلم يحنث بترك الرحل كما لو حلف لا يسكن فى بلد فخرج وترك رحله فيه وان تردد الى الدار لنقل الرحل لم يحنث لان ذلك ليس بسكنى وان حلف لا يسكنها وهو فيها أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فاستدام حنث لان الاسم يطلق على حال الاستدامة ولهذا تقول سكنت الدار شهرا ولبست الثوب شهرا وركبت الدابة شهرا وان حلف لا يتزوج وهو متزوج أو لا يتطهر وهو متطهر أو لا يتطيب وهو متطيب فاستدام لم يحنث لانه لا يطلق الاسم عليه فى حال الاستدامة ولهذا تقول تزوجت من شهر وتطهرت من شهر وتطيبت من شهر ولا تقول تزوجت شهرا وتطهرت شهرا وتطيبت شهرا وان حلف لا يدخل الدار وهو فيها فاستدام ففيه قولان قال فى الام يحنث لان استدامة الدخول كالابتداء فى التحريم فى ملك الغير فكذلك فى الحنث فى اليمين كاللبس والركوب وقال فى حرملة لا يحنث وهو الصحيح لان الدخول لا يستعمل فى الاستدامة ولهذا تقول دخلت الدار من شهر ولا تقول دخلتها شهرا فلم يحنث بالاستدامة كما لو حلف لا يتطهر أو لا يتزوج فاستدام فان حلف لا يسافر وهو فى السفر فاخذ فى العود لم يحنث لانه أخذ فى ترك السفر وان استدام السفر حنث لانه مسافر

(قوله أعزم بالله) عزم على الامر اذا قطع عليه ولم يرده عنه شئ (قوله حنث ولم يحنث) فى مواضع أصل الحنث الاثم والذنب وبلغ الغلام الحنث أى المعصية والطاعة والحنث أيضا الخلف فى اليمين يقال حنث فى يمينه أى لم يبر فيأثم ويذنب وقال ابن الاعرابى الحنث الرجوع فى اليمين أى يفعل ما حلف عليه أن لا يفعل * ومن باب جامع الايمان (قوله وترك رحله فيها) هو ما يستصحبه من الاثاث والرحل مسكن الرحل أيضا ومنه فى الحديث صلوا فى الرحال وكذا قوله لنقل الرحل هو الاثاث كالحقة والقدر والسراج والرحل فى غير هذا عادة البعير (قوله أو بيت من خان) الخان موضع يسكنه المسافرون

﴿فصل﴾ وان حلف لايساكن فلانا وهما فى مسكن واحد ففارق أحدهما الآخر فى الحال وبقى الآخر لم يحنث لانه زالت المساكنة وان سكن كل واحد منهما فى بيت من خان أو دار كبيرة وانفرد كل واحد منهما بباب وغلق لم يحنث لانه ماساكنه فان حلف لايدخل دارا فادخل احدى الرجلين أو أدخل رأسه اليها لم يحنث وان حلف لايخرج من دار فاخرج احدى الرجلين أو أخرج رأسه منها لم يحنث لان النبى صلى الله عليه وسلم كان معتكفا وكان يدخل رأسه الى عائشة لترجله ولان كمال الدخول والخروج لايحصل بذلك

﴿فصل﴾ وان حلف لايدخل دارا فحصل فى سطحها وهو غير محجر لم يحنث وقال أبو ثور يحنث لان السطح من الدار وهذا خطأ لانه حاجز بين داخل الدار وخارجها فلم يصر بحصوله فيه داخلا فيها كما لو حصل على حائط الدار وان كان محجرا ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه يحيط به سور الدار والثانى لايحنث وهو ظاهر النص لانه لم يحصل فى داخل الدار وان كان فى الدار نهر فطرح نفسه فى الماء حتى حمله الى داخل الدار حنث لانه دخل الدار وان كان فى الدار شجرة منتشرة الاغصان فتعلق بغصن منها ونزل فيها حتى أحاط به حائط الدار حنث وان نزل فيه حتى حاذى السطح فان كان غير محجر لم يحنث وان كان محجرا فعلى الوجهين

﴿فصل﴾ وان حلف لايدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنث لان اليمين على عين مضافة الى مالك فلم يسقط الحنث فيه بزوال الملك كما لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذه فطلقها ثم كلمها وان حلف لايدخل دار زيد فدخل دارا لزيد وعمرو لم يحنث لان اليمين معقودة على دار جميعها لزيد وان حلف لايدخل دار زيد فدخل دارا يسكنها زيد باعارة أو اجارة أو غصب فان أراد مسكنه حنث لانه يحتمل مانوى وان لم يكن له نية لم يحنث وقال أبو ثور يحنث لان الدار تضاف الى الساكن والدليل عليه قوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن فاضاف بيوت أزواجهن اليهن بالسكنى وهذا خطأ لان حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ولهذا لو قال هذه الدار لزيد جعل ذلك اقرارا له بملكها

﴿فصل﴾ وان حلف لايدخل هذه الدار فانهدمت وصارت ساحة أو جعلت حانوتا أو بستانا فدخلها لم يحنث لانه زال عنها اسم الدار وان أعيدت بغير تلك الآلة لم يحنث بدخولها لانها غير تلك الدار وان أعيدت بتلك الآلة ففيه وجهان أحدهما لايحنث وهو قول أبى على بن أبى هريرة لانها غير تلك الدار والثانى انه يحنث لانها عادت كما كانت

﴿فصل﴾ وان حلف لايدخل هذه الدار من هذا الباب فقلع الباب ونصبه فى مكان آخر وبقى الممر الذى كان عليه الباب فدخلها من الممر حنث وان دخلها من الموضع الذى نصب فيه الباب لم يحنث ومن أصحابنا من قال ان دخل من الممر الذى كان فيه الباب لم يحنث لانه لم يدخل من ذلك الباب لان الباب نقل وهذا خطأ لان الباب هو الممر الذى يدخل ويخرج منه دون المصراع المنصوب والممر الاول باق فتعلق به الحنث وان حلف لايدخل هذه الدار من بابها أو لايدخل من باب هذه الدار فسد الباب وجعل الباب فى مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان أحدهما انه لايحنث وهو قول أبى على بن أبى هريرة وهو المنصوص فى الام لان اليمين انعقدت على باب موجود مضاف الى الدار وذلك هو الباب الاول فلا يحنث بالثانى كما لو حلف لايدخل دار زيد فباع زيد داره ثم دخلها والثانى وهو قول أبى اسحق انه يحنث وهو الاظهر لان اليمين معقودة على بابها وبابها الآن هو الثانى فتعلق الحنث به كما لو حلف لايدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى فان الحنث يتعلق بالدار الثانية دون الاولى

﴿فصل﴾ وان حلف لايدخل بيتا فدخل مسجدا أو بيتا فى الحمام لم يحنث لان المسجد وبيت الحمام

(قوله على سطحها وهو غير محجر) المحجر الذى عليه بناء يحيط به ومنه سميت الحجرة وسور الدار ما يحيط به (قوله ساحة أو حانوت) الساحة العرصة التى لابناء فيها والحانوت الدكان فارسى والحانوت أيضا بيت الخمر وقال فى فقه اللغة الحانوت مكان البيع والشراء (قوله دون المصراع) هو اللوح الذى ينصب وهما مصراعان

لا يدخلان فى اطلاق اسم البيت ولان البيت اسم لما جعل للايواء والسكنى والمسجد وبيت الحمام لم يجعل لذلك فان دخل بيتا من شعر أو أدم نظرت فان كان الحالف ممن يسكن بيوت الشعر والادم حنث وان كان ممن لا يسكنها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج انه لا يحنث لان اليمين تحمل على العرف ولهذا لو حلف لا يأكل الرؤس حمل على ما يتعارف أكله منفردا وبيت الشعر والادم غير متعارف للقروى فلم يحنث به والثانى وهو قول أبى اسحق وغيره انه يحنث لانه بيت جعل للايواء والسكنى فاشبه بيوت المدر وقولهم انه غير متعارف فى حق أهل القرى يبطل بالبيت من المدر فانه غير متعارف فى حق أهل البادية ثم يحنث به وخبز الارز غير متعارف فى حق غير الطبرى ثم يحنث بأكله اذا حلف لا يأكل الخبز

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأكل هذه الحنطة فجعلها دقيقا أو لا يأكل هذا الدقيق فجعله عجينا أو لا يأكل هذا العجين فجعله خبزا لم يحنث بأكله وقال أبو العباس يحنث لان اليمين تعلقت بعينه فتعلق الحنث بها وان زال الاسم كما لو حلف لا يأكل هذا الحمل فذبحه وأكله والمذهب الاول لانه علق اليمين على العين والاسم ثم لا يحنث بغير العين فكذلك لا يحنث بغير الاسم ويخالف الحمل لانه لا يمكن أكله حيا والحنطة يمكن أكلها حبا ولان الحمل ممنوع من أكله فى حال الحياة من غير يمين فلم يدخل فى اليمين والحنطة غير ممنوع من أكلها فتعلق بها اليمين وان حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله وهو تمر أو لا يأكل هذا الحمل فأكله وهو كبش أو لا يكلم هذا الصبى فكلمه وهو شيخ ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انه لا يحنث كما لا يحنث فى الحنطة اذا صارت دقيقا فأكله والثانى انه يحنث لان الانتقال حدث فيه من غير صنعة وفى الحنطة الانتقال حدث فيها بصنعة وهذا لا يصح لانه يبطل به اذا حلف لا يأكل هذا البيض فصار فرخا أو لا يأكل هذا الحب فصار زرعا فانه لا يحنث وان كان الانتقال حدث فيه من غير صنعة وان حلف لا يشرب هذا العصير فصار خمرا أو لا يشرب هذا الخمر فصار خلا فشرب به لم يحنث كما قلنا فى الحنطة اذا صارت دقيقا وان حلف لا يلبس هذا الغزل فنسج منه ثوبا حنث بلبسه لان الغزل لا يلبس الا منسوجا فصار كما لو حلف لا يأكل هذا الحيوان فذبحه وأكله

﴿فصل﴾ وان حلف لا يشرب هذا السويق فاستفه أو لا يأكل هذا الخبز فدقه وشربه أو ابتلعه من غير مضغ لم يحنث لان الافعال أجناس مختلفة كالاعيان ثم لو حلف على جنس من الاعيان لم يحنث بجنس آخر فكذلك اذا حلف على جنس من الافعال لم يحنث بجنس آخر وان حلف لا يذوق هذا الطعام فذاقه ولفظه ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لانه لا يوجد حقيقة الذوق مالم يزدرده ولهذا لا يبطل به الصوم والثانى انه يحنث لان الذوق معرفة الطعم وذلك يحصل من غير ازدراد وان حلف لا يذوقه فأكله أو شربه حنث لانه قد ذاق وزاد عليه وان حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر فى حلقه حتى وصل الى جوفه لم يحنث لانه لم يأكل ولم يشرب ولم يذق وان قال والله لا طعمت هذا الطعام فأوجر فى حلقه حنث لان معناه لا جعلته لى طعاما وقد جعله طعاما له

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأكل اللحم حنث بأكل لحم كل ما يؤكل لحمه من النعم والوحش والطير لان اسم اللحم يطلق على الجميع ولا يحنث بأكل السمك لانه لا يطلق عليه اسم اللحم وهل يحنث بأكل لحم مالا يؤكل لحمه فيه وجهان أحدهما يحنث لانه يطلق عليه اسم اللحم وان لم يحل كما أطلق على اللحم المغصوب وان لم يحل والثانى لا يحنث لان القصد باليمين ان يمنع نفسه مما يستبيحه ولحم مالا يؤكل لحمه ممنوع من أكله من غير يمين فلم يدخل فى اليمين وان حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث وان حلف لا يأكل الشحم فأكل اللحم لم يحنث لانهما جنسان مختلفان فى الاسم والصفة وان حلف

(قوله القروى) منسوب الى القرية سميت بذلك لانها تجمع الناس من قرى اذا جمع ويقال قرية لغة يمانية ولعلها جمعت على ذلك مثل لحية ولحى (قوله بيوت المدر) أصل المدر قطع الطين اليابس والتراب والطين واحد والتراب أكم و يسمى البلد مدرة والحمل ولد النعجة الصغير فاذا كبر فهو كبش (قوله لا يأكل السويق فاستفه) يقال سف الدواء واستفه وسففت أنا بالكسر وأسففته بمعنى أى أخذته غير ملتوت وكذا السويق وكل دواء غير معجون فهو سفوف والازدراد البلع من غير مضغ ولا لوك (قوله فان أوجر) الوجور الدواء الذى يصب فى وسط الفم تقول منه وجرت الصبى وأوجرته بمعنى وأوجرته الرمح لا غير اذا طعنته به

على اللحم فأكل سمين الظهر والجنب وما يعلو اللحم و يتخلله من البياض حنث لانه لحم سمين وان حلف على الشحم فأكل ذلك لم يحنث لانه ليس بشحم وان حلف على اللحم أو الشحم فأكل الكبد أو الطحال أو الرئة أو الكرش أو المخ لم يحنث لانه مخالف للحم والشحم في الاسم والصفة وان حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه لحم والثاني لا يحنث لان اللحم لا يطلق الا على لحم البدن واختلف أصحابنا في الالية فمنهم من قال هو شحم يحنث به في اليمين على الشحم ولا يحنث به في اليمين على اللحم لانه يشبه الشحم في بياضه و يذوب كما يذوب الشحم ومنهم من قال هو لحم فيحنث به في اليمين على اللحم ولا يحنث به في اليمين على الشحم لانه نابت في اللحم و يشبهه في الصلابة ومنهم من قال ليس بلحم ولا شحم ولا يحنث به في اليمين على واحد منهما لانه مخالف للجميع في الاسم والصفة فصار كالكبد والطحال وان حلف على اللحم فأكل شحم العين لم يحنث لانه مخالف اللحم في الاسم والصفة وان حلف على الشحم فأكله ففيه وجهان أحدهما يحنث به لدخوله في اسم الشحم والثاني لا يحنث به لانه لا يدخل في اطلاق اسمه كما لا يدخل لحم السمك في اطلاق اليمين على اللحم ولا التمر الهندي في اليمين على التمر

(فصل) وان حلف لا يأكل الرؤس ولم يكن له نية حنث برؤس الابل والبقر والغنم لانها تباع مفردة وتؤكل مفردة عن الابدان ولا يحنث برؤس الطير فانها لا تباع مفردة ولا تؤكل مفردة فان كان في بلد يباع فيه رؤس الصيد ورؤس السمك مفردة حنث بأكلها لانها تباع مفردة فهي كرؤس الابل والبقر والغنم وهل يحنث بأكلها في سائر البلاد فيه وجهان أحدهما لا يحنث لانه لا يطلق عليها اسم الرؤس الا في البلد الذي يباع فيه و يعتاد أكله والثاني يحنث بها لان ما ثبت له العرف في مكان وقع الحنث به في كل مكان كخبز الارز

(فصل) وان حلف لا يأكل البيض حنث بأكل كل بيض يزايل بائضه في الحياة كبيض الدجاجة والحمامة والنعامة لانه يؤكل منفردا و يباع منفردا فيدخل في مطلق اليمين ولا يحنث بما لا يزايل بائضه كبيض السمك والجراد لانه لا يباع منفردا ولا يؤكل منفردا فلم يدخل في مطلق اليمين

(فصل) وان حلف لا يأكل اللبن حنث بأكل لبن الانعام ولبن الصيد لان اسم اللبن يطلق على الجميع وان كان فيه ما يقل أكله لتقذره كما يحنث في اليمين على اللحم بأكل لحم الجميع وان كان فيه ما يقل أكله لتقذره و يحنث بالحليب والرائب وما جمد منه لان الجميع لبن ولا يحنث بأكل الجبن واللوز واللبا والزبد والسمن والمصل والاقط وقال أبو علي بن أبي هريرة اذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه لانه من اللبن والمذهب الاول لانه لا يطلق عليه اسم اللبن فلم يحنث به وان كان منه كما لو حلف لا يأكل الرطب

(قوله يتخلله من بياض) أي يدخل في خلله والخلل الفرج بين الشيئين أو الاشياء وقد ذكر (قوله بالحليب والرائب والجبن واللور واللبا والمصل والاقط والشيراز) أما الحليب فمعروف أول ما يخرج عند الحلب وهو فعيل بمعنى مفعول أي محلوب وأما الرائب فيسمى اللبن بذلك اذا حمض وخثر أي ثخن وقد ذكر وأما الجبن فمعروف أيضا لبن يعقد بالانفحة يقال جبن باسكان الباء وضم الجيم لغة و بعضهم يقول جبن وجبنة بالضم والتشديد وأما اللور بضم اللام فهو ان يجعل في الحليب الانفحة فينعقد فيؤكل قبل ان يشتد و يؤتدم به و يؤكل بالتمر و يعمل من الحليب الذي يكون بعد اللبا وأما اللبا مقصور مهموز فهو لبن البهيمة عند أول ما تنتج يترك على النار فينعقد وأما المصل فيؤخذ ماء الجبن والاقط فيغلى غليا شديدا حتى ينقطع و يطلع الثخين ناحية فيترك في خرقة حتى ينزل منه الماء الرقيق ثم يعصر و يوضع فوق الخريطة شيء ثقيل ليستنزل ما فيه ثم يترك فيه قليل من الملح و يجعل أقراصا أو حلقا والمصل والمصالة أصله من مصل اذا سال منه شيء يسير يقال مصل يمصل طعمه ممتزج ليس بالحامض ولا الحلو والشيراز هو ان يؤخذ اللبن الخاثر وهو الرائب فيجعل في كيس حتى ينزل ماؤه و يضرب هذا الذي قصده صاحب الكتاب وقد يعمل الشيراز أيضا بان يترك الرائب في وعاء و يوضع فوقه الاباز يروشيء من المحرفات ثم يؤكل و يترك فوقه كل يوم لبن حليب وأما الاقط فقد ذكر وهو ان يغلى اللبن الحامض المنزوع الزبد على النار حتى ينعقد و يجعل قطعا صغارا أو يجفف في الشمس وذكر في التنبيه الدوغ بضم الدال وهو المخيض بعينه فارسي معرب وذكر فيه فأكل الكشك وهو ان يهرس البر أو الشعير حتى ينقى من القشر ثم يجش و يغلى في المخيض الى ان يخثر فيشرز أي يجفف ذكره في مجمل اللغة وأما المري فانما هو بتشديد الراء والياء وكأنه منسوب الى المرارة والعامة تخففه وصفته ان يؤخذ الشعير فيقلى ثم يطحن و يعجن و يخمر ثم يخلط بالماء فيستخرج منه خل يضرب لونه الى الحمرة يؤتدم به و يطبخ به والتوت شجر معروف يعلف به دود القز له ثمر أحمر والنبق ثمار السدر وفي الحديث في سدرة المنتهى نبقها مثل قلال هجر والريحان الفارسي هو الشقر في لغة بعض عوام اليمن والبنفسج شجر طيب الريح طبعه الرطوبة زهره أحمر أدهم وهو معرب بنفسه والياسمين شجر طيب الرائحة يشم زهره له أغصان دقاق زهره أبيض

فا كل التمر أولا يأ كل السمسم فا كل الشيرج فانه لا يحنث وان كان التمر من الرطب والشيرج من السمسم

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأ كل السمن فأ كله مع الخبز أو أ كله فى العصيدة وهو ظاهر فيها حنث وان حلف لا يأ كل اللبن فأ كله فى طبيخ وهو ظاهر فيه أو حلف لا يأ كل الخل فأ كله فى طبيخ وهو ظاهر فيه حنث وقال أبو سعيد الاصطخرى اذا أ كله مع غيره لم يحنث لانه لم يفرده بالا كل فلم يحنث كما لو حلف لا يأ كل طعاما اشتراه زيد فأ كل طعاما اشتراه زيد وعمرو والمذهب الاول لانه فعل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث كما لو حلف لا يدخل على زيد فدخل على جماعة وهو فيهم

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأ كل ادما فأ كل اللحم حنث لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال سيد الادام اللحم ولانه يؤتدم به فى العادة فحنث به كالخل والمرى فان أ كل التمر ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لانه لا يؤتدم به فى العادة وانما يؤكل قوتا أو حلاوة والثانى انه يحنث به لان النبى صلى الله عليه وسلم أعطى سائلا خبزا وتمرا وقال هذا ادم هذا

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأ كل الفاكهة فأ كل الرطب أو العنب أو الرمان أو الاترنج أو التوت أو النبق حنث لانها ثمار أشجار فحنث بها كالتفاح والسفرجل وان أ كل البطيخ أو الموز حنث لانه يتفكه به كما يتفكه بثمار الاشجار وان أ كل الخيار أو القثاء لم يحنث لانهما من الخضراوات

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأ كل بسرا ولا رطبا فأ كل منصفا حنث فى اليمين لانه أ كل البسر والرطب وان حلف لا يأ كل بسرة ولا رطبة فأ كل منصفا لم يحنث لانه لم يأ كل بسرة ولا رطبة

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأ كل قوتا فأ كل التمر أو الزبيب أو اللحم وهو ممن يقتات ذلك حنث وهل يحنث به غيره على ما ذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورؤس الصيد

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأ كل طعاما حنث بأ كل كل ما يطعم من قوت وادم وفاكهة وحلاوة لان اسم الطعام يقع على الجميع والدليل عليه قوله تعالى كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل الا ما حرم اسرائيل على نفسه وهل يحنث بأ كل الدواء فيه وجهان أحدهما لا يحنث لانه لا يدخل فى اطلاق اسم الطعام والثانى يحنث لانه يطعم فى حال الاختيار ولهذا يحرم فيه الربا

﴿فصل﴾ وان حلف لا يشرب الماء فشرب ماء البحر احتمل عندى وجهين أحدهما يحنث لانه يدخل فى اسم الماء المطلق ولهذا تجوز به الطهارة والثانى لا يحنث لانه لا يشرب وان حلف لا يشرب ماء فراتا فشرب ماء دجلة أو غيره من المياه العذبة حنث لان الفرات هو الماء العذب والدليل عليه قوله تعالى وأسقيناكم ماء فراتا وأراد به العذب وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من ماء دجلة لم يحنث لان الفرات اذا عرف بالالف واللام فهو النهر الذى بين العراق والشأم

﴿فصل﴾ وان حلف لا يشم الريحان فشم الضميران وهو الريحان الفارسى حنث وان شم ماسواه كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران لم يحنث لانه لا يطلق اسم الريحان الا على الضميران وما سواه لا يسمى الا باسمائها وان حلف لا يشم المشموم حنث بالجميع لان الجميع مشموم وان شم الكافور أو المسك أو العود أو الصندل لم يحنث لانه لا يطلق عليه اسم المشموم وان حلف لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما لم يحنث لانه لم يشم الورد والبنفسج وان جف الورد والبنفسج فشمهما ففيه وجهان أحدهما لا يحنث كما لا يحنث اذا حلف لا يأ كل الرطب فأ كل التمر والثانى يحنث لبقاء اسم الورد والبنفسج

﴿فصل﴾ وان حلف لا يلبس شيأ فلبس درعا أو جوشنا أو خفا أو نعلا ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه لبس شيأ والثانى لا يحنث لان اطلاق اللبس لا ينصرف الى غير الثياب

(قوله فلبس جوشنا) هو درع قصيرة على قدر الصدر

﴿فصل﴾ وان كان معه رداء فقال والله لا لبست هذا الثوب وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به حنث لانه لبسه وهو رداء فان جعله قميصاً أو سراويل ولبسه لم يحنث لانه لم يلبسه وهو رداء فان قال والله لا لبست هذا الثوب ولم يقل وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به أو جعله قميصاً أو سراويل ولبسه حنث ومن أصحابنا من قال لا يحنث لانه حلف على لبسه وهو على صفة فلم يحنث بلبسه على غير تلك الصفة والصحيح هو الاول لانه حلف على لبسه ثوبا فحمل على العموم كما لو قال والله لا لبست ثوبا

﴿فصل﴾ وان حلف لا يلبس حليا فلبس خاتما من ذهب أو فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو غيره من الجواهر حنث لان الجميع حلي والدليل عليه قوله عز وجل يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولباسهم فيها حرير وان لبس شيأ من الخرز أو السبج فان كان ممن عادته التحلي به كأهل السواد حنث لانهم يسمونه حليا وهل يحنث به غيرهم على ما ذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورؤس الصيد وان تقلد سيفا محلى لم يحنث لان السيف ليس بحلى وان لبس منطقة محلاة ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه من حلى الرجال والثانى لا يحنث لانه ليس من الآلات المحلاة فلم يحنث به كالسيف وان حلف لا يلبس خاتما فلبسها فى غير الخنصر أو حلف لا يلبس قميصا فارتدى به أو لا يلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث لان اليمين يقتضى لبسا متعارفا وهذا غير متعارف

﴿فصل﴾ وان منّ عليه رجل فحلف لا يشرب له ماء من عطش فأكل له خبزا أو لبس له ثوبا أو شرب له ماء من غير عطش لم يحنث لان الحنث لا يقع الا على ما عقد عليه اليمين والذى عقد عليه اليمين شرب الماء من عطش فلو حنثناه على ما سواه لحنثناه على ما نوى لا على ما حلف عليه وان حلف لا يلبس له ثوبا فوهب له ثوبا فلبسه لم يحنث لانه لم يلبس ثوبه

﴿فصل﴾ وان حلف لا يضرب امرأته فضربها ضربا غير مؤلم حنث لانه يقع عليه اسم الضرب وان عضها أو خنقها أو نتف شعرها لم يحنث لان ذلك ليس بضرب وان لكمها أو لطمها أو رفسها ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه ضربها والثانى لا يحنث لان الضرب المتعارف ما كان يؤلم وان حلف ليضرب عبده مائة سوط فشد مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة فان تيقن انه أصابه المائة بر فى يمينه لانه ضربه بمائة سوط وان تيقن أنه لم يصبه بالمائة لم يبر لانه ضربه بدون المائة وان شك هل أصابه بالجميع أو لم يصبه بالجميع فالمنصوص أنه يبر وقال المزنى لا يبر كما قال الشافعى رحمه الله فيمن حلف ليفعلن كذا فى وقت الا أن يشاء فلان فمات فلان حنث واذا لم نجعله بارا للشك فى المشيئة وجب أن لا نجعله بارا للشك فى الاصابة والمذهب الاول لان أيوب عليه السلام حلف ليضربن امرأته عددا فقال عز وجل وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث ويخالف ما قاله الشافعى رحمه الله فى المشيئة لانه ليس الظاهر وجود المشيئة فاذا لم تكن مشيئة حنث بالمخالفة والظاهر اصابته بالجميع فبر وان حلف ليضربنه مائة مرة فضربه بالمائة المشدودة لم يبر لانه لم يضربه الا مرة فان حلف ليضربنه مائة ضربة فضربه به بالمائة المشدودة دفعة واحدة فاصابه الجميع ففيه وجهان أحدهما لا يبر لانه ما ضربه الا ضربة ولهذا لو رمى بسبع حصيات دفعة واحدة الى الجمرة لم يحتسب له سبعا والثانى أنه يبر لانه حصل بكل سوط ضربة ولهذا لو ضرب به فى حد الزنا حسب بكل سوط جلدة

﴿فصل﴾ وان حلف لا يهب له فأعمره أو أرقبه أو تصدق عليه حنث لان الهبة تمليك العين بغير عوض وان كان لكل نوع منها اسم وان وقف عليه وقلنا ان الملك ينتقل اليه حنث لانه ملكه العين من غير عوض وان باعه وحاباه لم يحنث لانه ملكه بعوض وان وصى له لم يحنث لان التمليك بعد الموت والميت لا يحنث

(قوله وان لبس مخنقة) هى القلادة مأخوذ من المخنق وهو موضع الخنق من العنق والسبج خرز أسود معروف والسواد قرى العراق ومزارعها والقلنسوة ملبوس على قدر الرأس معروف عندهم (قوله فان لكمها أو لطمها أو رفسها) لكمه يلكمه اذا ضربه بجمع كفه واللطم الضرب على الوجه بباطن الراحة والرفس الضرب بالرجل رفسه يرفسه (قوله وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث) الضغث الحزمة من الشئ قال اليزيدى الضغث ملء اليد من الحشيش وفى التفسير خذ قبضة من اثل فيها مائة قضيب

﴿فصل﴾ وان حلف لايتكلم فقرأ القرآن لم يحنث لان الكلام لايطلق في العرف الا على كلام الآدميين وان حلف لايكلم فلانا فسلم عليه حنث لان السلام من كلام الآدميين ولهذا تبطل به الصلاة فان كلمه وهو نائم أو ميت أو في موضع لايسمع كلامه لم يحنث لانه لا يقال في العرف كلمه وان كلمه في موضع يسمع الا أنه لم يسمع لاشتغاله بغيره حنث لانه كلمه ولهذا يقال كلمه فلم يسمع وان كلمه وهو أصم فلم يسمع للصمم ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه كلمه وان لم يسمع فحنث كما لو كلمه فلم يسمع لاشتغاله بغيره والثاني لايحنث وهو الصحيح لانه كلمه وهو لا يسمع فأشبه اذا كلمه وهو غائب وان كاتبه أو راسله ففيه قولان قال في القديم يحنث وقال في الجديد لايحنث وأضاف اليه أصحابنا اذا أشار اليه فجعلوا الجميع على قولين أحدهما يحنث والدليل عليه قوله عز وجل وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا فاستثنى الوحي وهو الرسالة من الكلام فدل على انها منه وقوله عز وجل قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا فاستثنى الرمز وهو الاشارة من الكلام فدل على انها منه ولانه وضع لافهام الآدميين فاشبه الكلام والقول الثاني انه لايحنث لقوله عز وجل فاما ترين من البشر أحدا فقولي اني نذرت للرحمن صوما فلن أكلم اليوم انسيا ثم قال ياأخت هرون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا فاشارت اليه قالوا كيف نكلم من كان في المهد صبيا فلو كانت الاشارة كلاما لم تفعله وقد نذرت أن لا تكلم ولان حقيقة الكلام ما كان باللسان ولهذا يصح نفيه عما سواه بان تقول ما كلمته وانما كاتبته أو راسلته أو أشرت اليه و يحرم على المسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام لقوله عليه السلام لايحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام والسابق أسبقهما الى الجنة وان كاتبه أو راسله ففيه وجهان أحدهما لايخرج من مأثم الهجران لان الهجران ترك الكلام فلا يزول الا بالكلام والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انه يخرج من مأثم الهجران لان القصد بالكلام ازالة ما بينهما من الوحشة وذلك يزول بالمكاتبة والمراسلة

﴿فصل﴾ وان حلف لايسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم ونوى السلام على جميعهم حنث لانه سلم عليه وان استثناه بقلبه لم يحنث لان اللفظ وان كان عاما الا أنه يحتمل التخصيص فجاز تخصيصه بالنية وان أطلق السلام من غير نية ففيه قولان أحدهما أنه يحنث لانه سلم عليهم فدخل كل واحد منهم فيه والثاني أنه لايحنث لان اليمين يحمل على المتعارف ولا يقال في العرف لمن سلم على الجماعة وفيهم فلان انه كلم فلانا وسلم على فلان وان حلف لايدخل على فلان في بيت فدخل على جماعة في بيت هو فيهم ولم يستثنه بقلبه حنث بدخوله عليهم وان استثنى بقلبه ففيه وجهان أحدهما أنه لايحنث كما لو حلف لايسلم عليه فسلم عليهم واستثناه بقلبه والثاني أنه يحنث لان الدخول فعل لايتميز فلا يصح تخصيصه بالاستثناء والسلام قول فجاز تخصيصه بالاستثناء ولهذا لو قال سلام عليكم الا على فلان صح وان قال دخلت عليكم الا على فلان لم يصح

﴿فصل﴾ وان حلف لايصوم أو لايصلي فدخل فيهما حنث لانه بالدخول فيهما يسمى صائما ومصليا وان حلف لايبيع أو لايتزوج أو لايهب لم يحنث الا بالايجاب والقبول ومن أصحابنا من قال يحنث في الهبة بالايجاب من غير قبول لانه يقال وهب له ولم يقبل والصحيح هو الاول لان الهبة عقد تمليك فلم يحنث فيه من غير ايجاب وقبول كالبيع والنكاح ولا يحنث الا بالصحيح فأما اذا باع بيعا فاسدا أو نكح نكاحا فاسدا أو وهب هبة فاسدة لم يحنث لان هذه العقود لاتطلق في العرف والشرع الا على الصحيح

﴿فصل﴾ وان قال والله لاتسريت ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يحنث بوطء الجارية لانه قد قيل ان التسري مشتق من السراة وهو الظهر فصير كأنه حلف لايتخذها ظهرا والجارية لايتخذها

(قوله الا وحيا) فسره في الكتاب بالرسالة وذكر في الصحاح أنه الكتابة والاشارة والرسالة والالهام والكلام الخفي وكل ما ألقيته الى غيرك يقال وحيت اليه الكلام وأوحيت وهو أن تكلمه بكلام تخفيه قال

وحى لها القرار واستقرت

ويروى أوحى لها (قوله فلن أكلم اليوم انسيا) الانس البشر الواحد انس وانسي أيضا بالتحريك والجمع أناسي (قوله وما كانت أمك بغيا) البغي الزانية والبغاء الزنا وقد ذكر (قوله والله لاتسريت) ذكر في اشتقاقه في الكتاب ثلاثة أوجه وذكر في الصحاح وجها رابعا ان أصله تسررت من السرور وهو الفرح فابدل من الراء الاخرى ياء كما قالوا تظنيت في تظننت والسرية فعلية من السر وهو الجماع وضمت السين لان النسب موضع تغيير

ظهرا الا بالوطء وقد قيل انه مشتق من السر وهو الوطء فصار كما لو حلف لا يطؤها والثانى أنه لا يحنث الا بالتحصين عن العيون والوطء لانه مشتق من السر فكأنه حلف لا يتخذها أسرى الجوارى وهذا لا يحصل الا بالتحصين والوطء والثالث أنه لا يحنث الا بالتحصين والوطء والانزال لان التسرى فى العرف اتخاذ الجارية لابتغاء الولد ولا يحصل ذلك الا بما ذكرناه

﴿فصل﴾ وان حلف أنه لا مال له وله دين حال حنث لان الدين الحال مال بدليل أنه تجب فيه الزكاة ويملك أخذه اذا شاء فهو كالعين فى يد المودع وان كان له دين مؤجل ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لانه لا يستحق قبضه فى الحال والثانى أنه يحنث لانه يملك الحوالة به والابراء عنه وان كان له مال مغصوب حنث لانه على ملكه وتصرفه وان كان له مال ضال ففيه وجهان أحدهما يحنث لان الاصل بقاؤه والثانى لا يحنث لانه لا يعلم بقاءه فلا يحنث بالشك

﴿فصل﴾ وان حلف أنه لا يملك عبدا وله مكاتب فالمنصوص أنه لا يحنث وقال فى الام ولو ذهب ذاهب الى أنه عبد ما بقى عليه درهم فانما يعنى أنه عبد فى حال دون حال لانه لو كان عبدا له لكان مسلطا على بيعه وأخذ كسبه فن أصحابنا من جعل ذلك قولا آخر وقال أبو على الطبرى رحمه الله انه لا يحنث قولا واحدا وانما ألزم الشافعى رحمه الله نفسه شيأ وانفصل عنه فلا يجعل ذلك قولا له

﴿فصل﴾ وان حلف لا يرفع منكرا الى فلان القاضى أو الى هذا القاضى ولم ينو أنه لا يرفعه اليه وهو قاض فرفعه اليه بعد العزل ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحنث لانه شرط أن يكون قاضيا فلم يحنث بعد العزل كما لو حلف لا يأكل هذه الحنطة فأكلها بعد ما صارت دقيقا والثانى أنه يحنث لانه علق اليمين على عينه فكان ذكر القضاء تعريفا لا شرطا كما لو حلف لا يدخل دار زيد هذه فدخلها بعد ما باعها زيد وان حلف لا يرفع منكرا الى قاض حنث بالرفع الى كل قاض لعموم اللفظ وان حلف لا يرفع منكرا الى القاضى لم يحنث الا بالرفع الى قاضى البلد لان التعريف بالالف واللام يرجع اليه فان كان فى البلد قاض عند اليمين فعزل وولى غيره فرفع اليه حنث

﴿فصل﴾ وان حلف لا يكلم فلانا حينا أو دهرا أو حقبا أو زمانا بر بأدنى زمان لانه اسم للوقت ويقع على القليل والكثير وان حلف لا يكلمه مدة قريبة أو مدة بعيدة بر بأدنى مدة لانه ما من مدة الا وهى قريبة بالاضافة الى ما هو أبعد منها بعيدة بالاضافة الى ما هو أقرب منها

﴿فصل﴾ وان حلف لا يستخدم فلانا فخدمه وهو ساكت لم يحنث لانه حلف على فعله وهو طلب الخدمة ولم يوجد ذلك منه وان حلف لا يتزوج أو لا يطلق فأمر غيره حتى تزوج له أو طلق عنه لم يحنث لانه حلف على فعله نفسه ولم يفعل وان حلف لا يبيع أو لا يضرب فأمر غيره ففعل فان كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث لما ذكرناه وان كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه كالسلطان فالمنصوص أنه لا يحنث وقال الربيع فيه قول آخر أنه يحنث ووجهه أن العرف فى حقه أن يفعل ذلك عنه بأمره واليمين يحمل على العرف ولهذا لو حلف لا يأكل الرؤس حمل على رؤس الانعام والصحيح هو الاول لان اليمين على فعله والحقيقة لا تنتقل بعادة الحالف ولهذا لو حلف السلطان أنه لا يأكل الخبز أو لا يلبس الثوب فأكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث وان لم يكن ذلك من عادته وان حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين كالبيع والضرب فى حق من يتولاه بنفسه والثانى أنه يحنث قولا واحدا لان العرف فى الحلق فى حق كل أحد أن يفعله غيره بأمره ثم يضاف الفعل الى المحلوق

﴿فصل﴾ وان حلف لا يدخل دارين فدخل احداهما أو لا يأكل رغيفين فأكل أحدهما

(قوله مسلطا على بيعه) التسليط القهر والاخذ بالغلبة وكذا السلاط وقد سلطه الله فتسلط عليهم (قوله لا رفع منكرا) هو ما خالف الشرع والدين وأنكره الناس (قوله حينا أو حقبا) الحقب بالضم ثمانون سنة ويقال أكثر من ذلك ويقال هو وقت من الزمان لاحد له وهو الذى يقتضيه الشرع ونعنى به أهل الفقه والحين أيضا الوقت

أولايأ كل رغيفا فأ كله الالقمة أولايأ كل رمانة فأ كلها الاحبة أولايشرب ماءحب فشربه الاجرعة لم يحنث لانه لم يفعل المحلوف عليه وان حلف لايشرب ماءهذا النهر أوماءهذه البئرففيه وجهان أحدهما وهوقول أبي العباس أنه يحنث بشرب بعضه لانه يستحيل شرب جميعه فانعقدت اليمين على مالا يستحيل وهوشرب البعض والثاني وهوقول أبي اسحق أنه لايحنث بشرب بعضه لانه حلف على شرب جميعه فلم يحنث بشرب بعضه كالوحلف على شرب ماء في الحب

﴿فصل﴾ وان حلف لايأ كل طعاما اشتراه زيد فأ كل طعاما اشتراه زيد وعمرو لم يحنث لانه ليس فيه شئ يمكن أن يشار اليه ان اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث وان اشترى كل واحد منهما طعاما ثم خلطاه فأ كل منه ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لايحنث لانه ليس فيه شئ يمكن أن يقال هذا الطعام اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث كما لو اشترياه في صفقة واحدة والثاني أنه ان أكل النصف فما دونه لم يحنث وان أكل أكثرمن النصف حنث لان النصف فمادونه يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو فلم يحنث بالشك وفيمازاد يتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد والثالث وهو قول أبي اسحق أنه ان أكل الحبة والعشرين حبة لم يحنث لجواز أن يكون مما اشتراه عمرو وان أكل الكف والكفين حنث لانه يستحيل فيما يختلط أن يتميز في الكف والكفين ما اشتراه زيد عما اشتراه عمرو

﴿فصل﴾ وان حلف لايدخل دار زيد فحمله غيره باختياره فدخل به حنث لان الدخول ينسب اليه كما ينسب اذا دخلها راكبا على البهيمة أودخلها برجله فان دخلها ناسيا لليمين أوجاهلا بالدار أوأكره حتى دخلها ففيه قولان أحدهما يحنث لانه فعل ما حلف عليه فحنث والثاني لايحنث وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان حال النسيان والجهل والاكراه لايدخل في اليمين كما لايدخل في الامر والنهي في خطاب الله عزوجل وخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا لم يدخل في اليمين لم يحنث به وان حمله غيره مكرها حتى دخل به ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالوأكره حتى دخلها بنفسه لانه لما كان في حال الاختيار دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا وجب أن يكون في حال الاكراه دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا ومنهم من قال لايحنث قولا واحدا لأن الفعل انما ينسب اليه اما بفعله حقيقة أو بفعل غيره بأمره مجازا وههنا لم يوجد واحد منهما فلم يحنث

﴿فصل﴾ وان حلف ليأ كلن هذا الرغيف غدا فأ كله من الغد بر في يمينه لانه فعل ما حلف على فعله وان ترك أ كله في الغد حتى انقضى حنث لانه فوت المحلوف عليه باختياره وان أ كل نصفه في الغد حنث لانه قدر على أ كل الجميع ولم يفعل وان أ كله في يومه حنث لانه فوت المحلوف عليه باختياره فحنث كالوترك أ كله حتى انقضى الغد وان تلف الرغيف في يومه أوفي الغد قبل أن يتمكن من أ كله ففيه قولان كالمكره وان تلف من الغد بعدما تمكن من أ كله ففيه طريقان من أصحابنا من قال يحنث قولا واحدا لانه فوته باختياره ومنهم من قال فيه قولان لان جميع الغد وقت للاكل فلم يكن تفويته بفعله فان حلف ليقضينه حقه عند رأس الشهر أومع رأس الشهر فقضاه قبل رؤية الهلال حنث لانه فوت القضاء باختياره وان رأى الهلال ومضى زمان أمكنه فيه القضاء فلم يقضه حنث لانه فوت القضاء باختياره وان أخذ عند رؤية الهلال في كيله وتأخرا فراغ منه لكثرته لم يحنث لانه لم يترك القضاء وان أخرعن أول ليلة الشك ثم بان انه كان من الشهر ففيه قولان كالناسي والجاهل وان قال والله لاقضين حقه الى شهر رمضان فلم يقضه حتى دخل الشهر حنث لانه ترك ما حلف على فعله من غير ضرر وان قال والله لأقضين حقه الى أول الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال حكمها حكم مالوقال

(قوله ماء حب) الحب الخابية فارسي معرب وهو السرداب (قوله بأمره مجازا) المجاز ضد الحقيقة مثل واسأل القرية ولهدمت صوامع وبيع وصلوات فالقرية لاتسأل في الحقيقة والصلوات لاتهدم وانما هو مجاز أراد أهل القرية ومواضع الصلوات والكفارة أصلها التغطية كأنها تغطي الذنب وتستره وقد ذكرت والكفر بالفتح التغطية وقد كفرت الشئ أكفره بالكسر كفرا سترته ورماد مكفور اذا سفت عليه الريح التراب حتى غطته وأنشد الاصمعي

هل تعرف الدار بأعلى ذي القور
قد درست غير رماد مكفور

والله لاقضين حقه الى رمضان لان لفظ الى للحد والغاية وان أخر القضاء حتى دخل الشهر حنث وقال أبو اسحق حكمها حكم مالو قال والله لأقضين حقه عند رأس الشهر وهو ظاهر النص وان قضاه قبل رؤية الهلال حنث وان رأى الهلال ومضى وقت يمكن فيه القضاء ثم قضاه حنث لان الى قد تكون للغاية كقوله عز وجل ثم أتموا الصيام الى الليل وقد تكون بمعنى مع كقوله تعالى من أنصاري الى الله والمراد به مع الله وكقوله عز وجل وأيديكم الى المرافق والمراد به مع المرافق فلما احتمل أن تكون للغاية واحتمل أن تكون للمقارنة لم يجز أن نحنثه بالشك ويخالف قوله والله لاقضين حقه الى رمضان لانه لا يحتمل أن تكون للمقارنة لانه لا يمكن أن يقارن القضاء في جميع شهر رمضان فجعلناه للغاية

﴿فصل﴾ وان كان له على رجل حق فقال له والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي ففر منه الغريم لم يحنث الحالف وقال أبو علي بن أبي هريرة فيه قولان كالقولين في المكره وهذا خطأ لانه حلف على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه ولو قال والله لافارقتني حتى أستوفي حقي منك ففارقه الغريم مختارا ذاكرا لليمين حنث الحالف وان فارقه مكرها أو ناسيا ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين في المكره والناسي ومنهم من قال يحنث الحالف قولا واحدا لان الاختيار والقصد يعتبر في فعل الحالف لا في فعل غيره والصحيح هو الاول وأنه يعتبر في فعل من حلف على فعله وان كانت اليمين على فعل الحالف اعتبر الاختيار والقصد في فعله وان كانت على فعل غيره اعتبر الاختيار والقصد في فعله وان فارقه الحالف لم يحنث لان اليمين على فعل الغريم ولم يوجد منه فعل وان حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه ثم أفلس وفارقه لما يعلم من وجوب انظار المعسر حنث لانه فعل المحلوف عليه مختارا ذاكرا لليمين فحنث وان وجب الفعل بالشرع كما لو حلف لارددت عليك المغصوب فرده حنث وان وجب الرد بالشرع فان ألزمه الحاكم مفارقته فعلى قولين

﴿فصل﴾ وان حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه منه فاحاله على غيره أو أبرأه من الدين أو دفع اليه عوضا عن حقه حنث في اليمين لانه لم يستوف حقه وان كان حقه دنانير فدفع اليه شيأ على انه دنانير فخرج نحاسا فعلى القولين في الجاهل وان قال من عليه الحق والله لافارقتك حتى أدفع اليك مالك وكان الحق عينا فوهبها منه فقبله حنث لانه فوّت الدفع بقبوله وان كان دينا فابرأه منه وقلنا انه لا يحتاج الابراء الى القبول على الصحيح من المذهب فعلى الطريقين فيمن حلف لا يدخل الدار فحمل اليها مكرها

﴿باب كفارة اليمين﴾

اذا حلف بالله تعالى وحنث وجبت عليه الكفارة لما روى عبد الرحمن بن سمرة قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ياعبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها وان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها وان حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك وان حلف على فعل مرتين بان قال والله لادخلت الدار والله لادخلت الدار نظرت فان نوى بالثاني التأكيد لم يلزمه الا كفارة واحدة وان نوى الاستئناف ففيه قولان أحدهما يلزمه كفارتان لانهما يمينان بالله عز وجل فتعلق بالحنث فيهما كفارتان كما لو كانتا على فعلين والثاني تجب كفارة واحدة وهو الصحيح لان الثانية لاتفيد الا ما أفادت الاولى فلم يجب أكثر من كفارة كما لو قصد بها التأكيد وان لم يكن له نية فان قلنا انه اذا نوى الاستئناف لزمته كفارة واحدة فههنا أولى وان قلنا هناك تجب كفارتان ففي هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ولم ينو

﴿فصل﴾ والكفارة اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة وهو مخير بين الثلاثة والدليل

عليه

(قوله وكلت اليها) يقال وكل اليه الامر اذا جعله بيده وعجز عنه ومنه الحديث اللهم لا تكلنا الى أنفسنا فنعجز

عليه قوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أوكسوتهم أوتحرير رقبة فان لم يقدر على الثلاثة لزمه صيام ثلاثة أيام لقوله عز وجل فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فان كان يكفر بالمال فالمستحب أن لا يكفر قبل الحنث ليخرج من الخلاف فان أباحنيفة لايجيز تقديم الكفارة على الحنث وان أراد أن يكفر بالمال قبل الحنث نظرت فان كان الحنث بغير معصية جاز تقديم الكفارة لانه حق مال يتعلق بسببين يختصان به فاذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول وان كان الحنث بمعصية ففيه وجهان أحدهما يجوز لما ذكرناه والثانى لايجوز لانه يتوصل به الى معصية واختلف أصحابنا فى كفارة الظهار قبل العود وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت فنهم من قال فيه وجهان كما قلنا فى اليمين على معصية ومنهم من قال يجوز لانه ليس فيه توصل الى معصية وان كان يكفر بالصوم لم يجز قبل الحنث لانها عبادة تتعلق بالبدن لاحاجة به الى تقديمها فلم يجز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان

(فصل) وان أراد أن يكفر بالعتق لم يجز الا مايجوز فى الظهار وقد بيناه وان أراد أن يكفر بالاطعام أطعم كل مسكين مدا كما يطعم فى الظهار وقد بيناه

(فصل) وان أراد أن يكفر بالكسوة كسا كل مسكين مايقع عليه اسم الكسوة من قميص أوسراويل أوازار أورداء أومقنعة أوخمار لان الشرع ورد به مطلقا ولم يقدر فحمل على مايسمى كسوة فى العرف وهل يجزئ فيه القلنسوة فيها وجهان أحدهما لايجزئه لانه لايطلق عليه اسم الكسوة والثانى أنه يجزئه وهو قول أبى اسحق المروزى لما روى أن رجلا سأل عمران بن الحصين عن قوله تعالى أوكسوتهم قال لوأن وفدا قدموا على أميركم هذا فكساهم قلنسوة قلنسوة قلتم قد كسوا ولايجزئ الخف والنعل والمنطقة والتكة لانه لايقع عليه اسم الكسوة ويجزئ الكساء والطيلسان لانه من الكسوات ويجوز مااتخذ من القطن والكتان والشعر والصوف والخز وأما الحرير فانه ان أعطاه المرأة أجزأه وهل يجوز أن يعطى رجلا فيه وجهان أحدهما لايجزئ لانه يحرم عليه لبسه والثانى يجزئه وهو الصحيح لانه يجوز أن يعطى الرجال كسوة النساء والنساء كسوة الرجال ويجوز فيه الخام والمقصور والبياض والمصبوغ فاما الملبوس فانه ان ذهبت قوته لم يجزه وان لم تذهب قوته أجزأه كما تجزئه الرقبة اذا لم تبطل منفعتها ولاتجزئه اذا بطلت منفعتها

(فصل) وان أراد أن يكفر بالصيام ففيه قولان أحدهما لايجوز الامتتابعا لانه كفارة جعل الصوم فيها بدلا عن العتق فشرط فى صومها التتابع ككفارة الظهار والقتل والثانى أنه يجوز متتابعا ومتفرقا لانه صوم نزل به القرآن مطلقا فجاز متفرقا ومتتابعا كالصوم فى فدية الاذى

(فصل) وان كان الحالف عبدا فكفارته الصوم وان كان الصوم يضر به لشدة الحر وطول النهار نظرت فان حلف باذن المولى وحنث باذنه جاز له أن يصوم من غير اذنه لانه لزمه باذنه وان حلف بغير اذنه وحنث بغير اذنه لم يجز ان يصوم الاباذنه لانه لزمه بغير اذنه وان حلف بغير اذنه وحنث باذنه جاز أن يصوم بغير اذنه لانه لزمه باذنه وان حلف باذنه وحنث بغير اذنه ففيه وجهان أحدهما انه يجوز ان يصوم بغير اذنه لانه وجد أحد السببين باذنه فصار كما لو حلف بغير اذنه وحنث باذنه والثانى لايجوز ان يصوم بغير اذنه وهو الصحيح لانه اذا لم يجز ان يصوم ولم يمنعه من الحنث باليمين فلأن لايجوز وقد منعه من الحنث باليمين أولى فان كان الصوم لايضر به كالصوم فى الشتاء ففيه وجهان أحدهما انه يجوز ان يصوم بغير اذنه لانه لاضرر عليه والثانى انه كالصوم الذى يضر به على ماذكرناه لانه ينقص من نشاطه فى خدمته فان صام فى المواضع التى منعناه من الصوم فيها أجزأه لانه من أهل الصيام وانما منع منه لحق

(قوله المنطقة والتكة) المنطقة معرفة اسم والمنطق كلما شددت به وسطك وفى المثل من يطل هن أبيه ينتطق به أى من كثر بنو أبيه يتقوى بهم ومنه سميت أسماء ذات النطاقين والتكة بالتشديد بدليل ان جمعها تكك وتخفيفها خطأ والطيلسان بفتح اللام واحد الطيالسة وهو فارسى معرب ثوب يغطى به الرأس والبدن يلبس فوق الثياب وقد تكسر اللام منه (قوله أوسط ماتطعمون أهليكم) الاوسط ههنا بين الاعلى والادنى وعن ابن عمر فى تفسيرها الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر ومن أفضل ماتطعمونهم الخبز واللحم (قوله برفى يمينه) البر ضد الحنث يقال بريبر وبررت ابر بكسر عين الفعل فى الماضى وفتحها فى المستقبل وكذلك بررت والدى أبر ضد العقوق

المولى فاذا فعل بغير اذنه صح كصلاة الجمعة فان كان نصفه حرا ونصفه عبدا وله مال لم يكفر بالعتق لانه ليس من أهل الولاء ويلزمه ان يكفر بالطعام أو الكسوة ومن أصحابنا من قال فرضه الصوم وهو قول المزني لانه ناقص بالرق وهو كالعبد والمذهب الاول لانه يملك المال بنصفه الحر ملكا تاما فاشبه الحر

﴿ كتاب العدد ﴾

اذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها ولان العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقنا براءة رحمها وان طلقها بعد الدخول وجبت العدة لانه لما أسقط العدة في الآية قبل الدخول دل على وجوبها بعد الدخول ولان بعد الدخول يشتغل الرحم بالماء فوجبت العدة لبراءة الرحم وان طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول ففيه قولان أحدهما لا تجب العدة لما ذكرناه من الآية والمعنى والثاني تجب لان التمكين من استيفاء المنفعة جعل كالاستيفاء ولهذا تستقر به الاجرة في الاجارة كما تستقر بالاستيفاء فجعل كالاستيفاء في ايجاب العدة

﴿فصل﴾ وان وجبت العدة على المطلقة لم تخل اما ان تكون حرة أو أمة فان كانت حرة نظرت فان كانت حاملا من الزوج اعتدت بالحمل لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن ولان براءة الرحم لا تحصل في الحامل الا بوضع الحمل فان كان الحمل ولدا واحدا لم تنقض العدة حتى ينفصل جميعه وان كان ولدين أو أكثر لم تنقض حتى ينفصل الجميع لان الحمل هو الجميع ولان براءة الرحم لا تحصل الا بوضع الجميع وان وضعت ما بان فيه خلق آدمي انقضت به العدة وان وضعت مضغة لم يظهر فيه خلق آدمي وشهد أربع نسوة من أهل المعرفة انه خلق آدمي ففيه طريقان من أصحابنا من قال تنقضي به العدة قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه في عتق أم الولد وأقل مدة الحمل ستة أشهر لما روي انه أتى عثمان رضي الله عنه بامرأة ولدت لستة أشهر فشاور القوم في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه أنزل الله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأنزل وفصاله في عامين فالفصال في عامين والحمل في ستة أشهر وذكر القتيبي في المعارف ان عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر وأكثره أربع سنين لما روى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حدثت جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل ان تلد وأقل ما تنقضي به عدة الحامل ان تضع بعد ثمانين يوما من بعد امكان الوطء لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان أحدكم ليخلق في بطن أمه نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب ان يكون بعد الثمانين

﴿فصل﴾ فان كانت المعتدة غير حامل فان كانت ممن تحيض اعتدت بثلاثة اقراء لقوله عز وجل والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والاقراء هي الاطهار والدليل عليه قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن والمراد به في وقت عدتهن كما قال ونضع الموازين القسط ليوم القيامة والمراد به في يوم القيامة والطلاق المأمور به في الطهر فدل على انه وقت لعدة وان كان الطلاق في وقت الحيض كان أول الاقراء الطهر الذي بعده فان كان في حال الطهر نظرت فان بقيت في الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرأ لان الطلاق انما جعل في الطهر ولم يجعل في الحيض حتى لا يؤدي الى الاضرار بها في تطويل العدة فلو لم تحسب بقية الطهر قرأ كان الطلاق في الطهر أضر بها من الطلاق في الحيض لانه أطول للعدة فان لم يبق بعد الطلاق جزء من الطهر بان وافق آخر لفظ الطلاق آخر الطهر

﴿ومن كتاب العدد﴾ العدد جمع عدة والعدة فعلة من العد والاحصاء أي ما تحصيه وتعده من الايام والاقراء (قوله فان ألقت مضغة) المضغة قطعة لحم وقلب الانسان مضغة من جسده من مضغ الطعام يمضغه ويمضغه اذا لاكه والمضاغ بالفتح ما يمضغ (قوله وحمله وفصاله) الفصال الفطام وقطع الرضاع فصلته اذا فطمته وفصلت الرضيع من أمه فصالا وكذلك افتصلته (قوله يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) يتربصن ينتظرن والتربص الانتظار قال الله تعالى فتربصوا فستعلمون واختلف أهل العلم في الاقراء فذهب قوم الى انها الاطهار وهو مذهب الشافعي رحمه الله وذهب قوم الى انها الحيض وأهل اللغة يقولون ان القرء يقع على الحيض وعلى الطهر جميعا وهو عندهم من الاضداد وأصل القرء الجمع يقال قريت الماء في الحوض أي جمعته فكان الدم يجتمع في الرحم ثم يخرج وقال بعضهم القرء الوقت قال

اذا هبت لقاريها الرياح

أي لوقتها فلما كان الحيض يجيء لوقت والطهر لوقت سمي كل واحد منهما قرأ

أوقال لها أنت طالق فى آخر جزء من طهرك كان أول الاقراء الطهر الذى بعد الحيض وخرج أبو العباس وجها آخر انه يجعل الزمان الذى صادفه الطلاق من الطهر قرأ وهذا لا يصح لان العدد لا يكون الا بعد وقوع الطلاق فلم يجز الاعتداد بما قبله وأما آخر العدة فقد روى المزنى والربيع انها اذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم وروى البويطى وحرملة انها لا تنقضى حتى يمضى من الحيض يوم وليلة فمن أصحابنا من قال هما قولان أحدهما تنقضى العدة برؤية الدم لان الظاهر ان ذلك حيض والثانى لا تنقضى حتى يمضى يوم وليلة لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة ومنهم من قال هى على اختلاف حالين فالذى رواه المزنى والربيع فيمن رأت الدم لعادتها فيعلم بالعادة ان ذلك حيض والذى رواه البويطى وحرملة فيمن رأت الدم لغير عادة لانه لا يعلم انه حيض قبل يوم وليلة وهل يكون مارأته من الحيض من العدة فيه وجهان أحدهما انه من العدة لانه لا بد من اعتباره فعلى هذا اذا راجعها فيه صحت الرجعة وان تزوجت فيه لم يصح النكاح والثانى ليس من العدة لانا لو جعلناه من العدة لزادت العدة على ثلاثة اقراء فعلى هذا اذا راجعها لم تصح الرجعة فان تزوجت فيه صح النكاح

﴿فصل﴾ وأقل ما يمكن ان تعتد فيه الحرة بالاقراء اثنان وثلاثون يوما وساعة وذلك بان يطلقها فى الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرأ ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثانى ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثالث فاذا طعنت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها

(قوله فاذا طعنت فى الحيضة) أى دخلت يقال طعن فى السن يطعن اذا كبر وطعن فى الحيض اذا سار

﴿فصل﴾ وان كانت من ذوات الاقراء فارتفع حيضها فان كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت الى ان يعود الدم فتعتد بالاقراء لان ارتفاع الدم بسبب يزول فانتظر زواله فان ارتفع بغير سبب معروف ففيه قولان قال فى القديم تمكث الى ان تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة لان العدة تراد لبراءة الرحم وقال فى الجديد تمكث الى ان تيأس من الحيض ثم تعتد عدة الآيسة لان الاعتداد بالشهور جعل بعد الاياس فلم يجز قبله فان قلنا بالقول القديم ففى القدر الذى تمكث فيه قولان أحدهما تسعة أشهر لانه غالب عادة الحمل ويعلم به براءة الرحم فى الظاهر والثانى تمكث أربع سنين لانه لو جاز الاقتصار على براءة الرحم فى الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة لانه يعلم بها براءة الرحم فى الظاهر فوجب أن يعتبر أكثر مدة الحمل ليعلم براءة الرحم بيقين فاذا علمت براءة الرحم بتسعة أشهر أو بأربع سنين اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر لما روى عن سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى فى المرأة اذا طلقت فارتفعت حيضتها أن عدتها تسعة أشهر لحملها وثلاثة أشهر لعدتها ولان تربصها فيما تقدم ليس بعدة وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء فاذا علمت اعتدت بعدة الآيسات فان حاضت قبل العلم ببراءة رحمها أو قبل انقضاء العدة بالشهور لزمها الاعتداد بالاقراء لانا تبينا أنها من ذوات الاقراء فان اعتدت وتزوجت ثم حاضت لم يؤثر ذلك فى العدة لانها انقضت العدة وتعلق بها حق الزوج فلم يبطل فان حاضت بعد العدة وقبل النكاح ففيه وجهان أحدهما لا يلزمها الاعتداد بالاقراء لانا حكمنا بانقضاء العدة فلم يبطل بما حدث بعده والثانى يلزمها لانها صارت من ذوات الاقراء قبل تعلق حق الزوج بها فلزمها الاعتداد بالاقراء فان قلنا بقوله الجديد انها تقعد الى الاياس ففى الاياس قولان أحدهما يعتبر اياس أقاربها لانها أقرب اليهن والثانى يعتبر اياس نساء العالم وهو أن تبلغ اثنتين وستين سنة لانه لا يتحقق الاياس فيما دونها فاذا تربصت قدر الاياس اعتدت بعد ذلك بالاشهر لان ما قبلها لم يكن عدة وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء

﴿فصل﴾ وان كانت ممن لاتحيض ولا يحيض مثلها كالصغيرة والكبيرة الآيسة اعتدت بثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن فان كان الطلاق فى أول الهلال اعتدت بثلاثة أشهر بالاهلة لان الاشهر فى الشرع بالاهلة والدليل عليه قوله عز وجل يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج وان كان الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت بشهرين بالاهلة ثم تنظر عدد ما اعتدت من الشهر الاول وتضيف اليه من الشهر الرابع مايتم به ثلاثون يوما وقال أبو محمد عبد الرحمن ابن بنت الشافعى رحمه الله اذا طلقت المرأة فى أثناء الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالعدد كاملة لانها اذا فاتها الهلال فى الشهر الاول فاتها فى كل شهر فاعتبر العدد فى الجميع وهذا خطأ لانه لم يتعذر اعتبار الهلال الا فى الشهر الاول فلم يسقط اعتباره فيما سواه

﴿فصل﴾ وان كانت ممن لاتحيض ولكنها فى سن تحيض فيه النساء اعتدت بالشهور لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ولان الاعتبار بحال المعتدة لا بعادة النساء والدليل عليه انها لو بلغت سنا لاتحيض فيه النساء وهى تحيض كانت عدتها بالاقراء اعتبارا بحالها فكذلك اذا لم تحض فى سن تحيض فيه النساء وجب أن تعتد بالاشهر اعتبارا بحالها وان ولدت ولم تر حيضا قبله ولا نفاسا بعده ففى عدتها وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله انها تعتد بالشهور للآية والثانى انها لاتعتد بالشهور بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الاقراء لانه لايجوز أن تكون من ذوات الاحمال ولا تكون من ذوات الاقراء

﴿فصل﴾ واذا شرعت الصغيرة فى العدة بالشهور ثم حاضت لزمها الانتقال الى الاقراء لان الشهور بدل عن الاقراء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها وهل يحسب مامضى من الاشهر قرأ فيه وجهان أحدهما يحتسب به وهو قول أبى العباس لانه طهر بعده حيض فاعتدت به قرأ كما لو تقدمه حيض والثانى وهو قول أبى اسحق انه لايحتسب به كما اذا اعتدت بقرأين ثم أيست لزمها الاستئناف ثلاثة أشهر ولم يحتسب مامضى من زمان الاقراء شهرا وان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت لم يلزمها الاستئناف للعدة بالاقراء لان هذا معنى حدث بعد انقضاء العدة وان شرعت فى العدة بالاقراء ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم الاقراء اذا قلنا ان الحامل تحيض لان الاقراء دليل على براءة الرحم من جهة الظاهر والحمل دليل على براءة الرحم من جهة القطع والظاهر اذا عارضه قطع سقطت دلالته كالقياس اذا عارضه نص وان اعتدت بالاقراء ثم ظهر حمل من الزوج لزمها الاعتداد بالحمل ويخالف اذا اعتدت بالشهور ثم حاضت لان مارأت من الحيض لم يكن موجودا فى حال العدة وانما حدث بعدها والحمل من الزوج كان موجودا فى حال العدة بالاقراء فسقط معه حكم الاقراء

﴿فصل﴾ وان كانت المطلقة أمة نظرت فان كانت حاملا اعتدت بالحمل لما ذكرناه فى الحرة وان كانت من ذوات الاقراء اعتدت بقرأين لما روى جابر عن عمر رضى الله عنه أنه جعل عدة الامة حيضتين ولان القياس اقتضى أن تكون قرأ ونصفا كما كان حدها على النصف الا أن القرء لا يتبعض فكمل فصارت قرأين ولهذا روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لو استطعت أن أجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت وان كانت من ذوات الشهور ففيه ثلاثة أقوال أحدها انها تعتد بشهرين لان الشهور بدل من الاقراء فكانت بعددها كالشهور فى عدة الحرة والثانى انها تعتد بثلاثة أشهر لان براءة الرحم لاتحصل الا بثلاثة أشهر لان الحمل يمكث أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما مضغة ثم يتحرك ويعلو جوف المرأة فيظهر الحمل والثالث انها تعتد بشهر ونصف لان القياس يقتضى أن

(قوله اذا شرعت الصغيرة فى العدة) يقال شرعت فى الامر شروعا أى خضت وشرعت الدواب فى الماء أى دخلت فيه وأصله الطريق الى الماء وهى المشرعة وبه سمى الشرع والشارع أى الزقاق

تكون على النصف من الحرة كما قلنا فى الحد ولان القرء لا يتبعض فكمل والشهور تتبعض فتبعضت كما تقول فى المحرم اذا وجب عليه نصف مد فى جزاء الصيد وأراد أن يكفر بالصوم صام يوما لانه لا يتبعض وان أراد أن يكفر بالاطعام أخرج نصف مد

﴿فصل﴾ وان أعتقت الامة قبل الطلاق اعتدت بثلاثة اقراء لانه وجبت عليها العدة وهى حرة وان انقضت عدتها بقرأين ثم أعتقت لم يلزمها زيادة لانها اعتدت على حسب حالها فلم يلزمها زيادة كما لو اعتدت من لم تحض بالشهور ثم حاضت أو اعتدت ذات الاقراء بالاقراء ثم صارت آيسة فان أعتقت فى أثناء العدة ففيه ثلاثة أقوال أحدها تتم عدة أمة لانه عدد محصور يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد والثانى انها ان كانت رجعية أتمت عدة حرة وان كانت بائنا أتمت عدة أمة كما نقول فيمن مات عنها زوجها انها ان كانت رجعية انتقلت الى عدة الوفاة وان كانت بائنا لم تنتقل والثالث وهو الصحيح انه يلزمها أن تتم عدة حرة لان الاعتبار فى العدة بالانتهاء ولهذا لو شرعت فى الاعتداد بالشهور ثم حاضت انتقلت الى الاقراء

﴿فصل﴾ وان وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لان وطء الشبهة كالوطء فى النكاح فى النسب فكان كالوطء فى النكاح فى ايجاب العدة فان زنى بامرأة لم تجب عليها العدة لان العدة لحفظ النسب والزانى لا يلحقه نسب

﴿فصل﴾ ومن مات عنها زوجها وجبت عليها العدة دخل بها أو لم يدخل لقوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا فان كانت حائلا وهى حرة اعتدت باربعة أشهر وعشر للآية وان كانت أمة اعتدت بشهرين وخمس ليال لاناد للناعلى أن عدتها بالاقراء على النصف الا انه لما لم يتبعض جعلناه قرأين والشهور تتبعض فوجب عليها نصف ما يجب على الحرة وان كانت حاملا بولد يلحق بالزوج اعتدت بوضعه لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحى وان كانت حاملا بولد لا يلحق الزوج كامرأة لطفل لم تعتد بالحمل منه لانه لا يمكن أن يكون منه فلم تعتد به منه كامرأة الكبير اذا طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد فان كان الحمل لاحقا برجل وطئها بشبهة اعتدت به منه واذا وضعت اعتدت عن الطفل بالشهور لانه لا يجوز أن تعتد عن شخصين فى وقت واحد وان كان عن زنا احتسبت بما مضى من الشهور فى حال الحمل عن عدة وفاة الطفل لان الحمل عن الزنا لا حكم له فلا يمنع من الاعتداد بالشهور وان طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم مات عنها وهى فى العدة اعتدت بعدة الوفاة لانه توفى عنها وهى زوجته

﴿فصل﴾ وان طلق احدى امرأتيه بعينها ثلاثا ومات قبل أن يبين نظرت فان لم يدخل بهما اعتدت كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشرا لان كل واحدة منهما يجوز أن تكون هى الزوجة فوجبت العدة عليهما ليسقط الفرض بيقين كمن نسى صلاة من صلاتين لا يعرف عينها وان دخل بهما فان كانتا حاملتين اعتدتا بوضع الحمل لان عدة الطلاق والوفاة فى الحمل واحدة وان كانتا من ذوات الشهور اعتدتا باربعة أشهر وعشر لانها تجمع عدة الطلاق والوفاة وان كانتا من ذوات الاقراء اعتدتا بأقصى الاجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة اقراء وابتداء الاشهر من موت الزوج وابتداء الاقراء من وقت الطلاق ليسقط الفرض بيقين وان اختلفت صفتهما فى العدة كان حكم كل واحدة منهما على الانفراد كحكمها اذا اتفقت صفتهما وقد بيناه وان طلق احداهما لا بعينها ومات قبل أن يعين فالحكم فيه على ما ذكرناه اذا كانت المطلقة معينة ومات قبل أن يبين الا فى شئ واحد وهو ان اتى أمرناها

(قوله وان وطئها بشبهة) فى مواضع من الكتاب الشبهة الالتباس والمشتبهات من الامور المشكلات والمتشابهات المماثلات والتشبيه والتمثيل فيحتمل حينئذ أمرين أحدهما أن تلتبس امرأة فيظنها زوجته أو أمته فيطؤها والثانى أن تكون مثل زوجته فى الخلقة والصورة وهما متقاربان فى المعنى (قوله فان كانت حائلا) ضد الحامل مشتق من الحول الذى هو السنة وقال أبو عبيد الحائل التى وطئت فلم تحمل يقال حالت الناقة حيالا اذا لم تحمل

بالاعتداد بالشهور أو الاقراء فان ابتداء الاشهر من حين الموت فاما الاقراء فان قلنا على أحد الوجهين ان ابتداء العدة من حين يلفظ بالطلاق كان ابتداء الاقراء من حين الطلاق وان قلنا بالوجه الآخر ان ابتداء العدة من حين التعيين كان ابتداء الاقراء من حين الموت لان بالموت وقع الاياس من بيانه وقبل الموت لم ييأس من بيانه

﴿فصل﴾ اذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان أحدهما وهو قوله فى القديم ان لها ان تفسخ النكاح ثم تتزوج لما روى عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أن رجلا استهوته الجن فغاب عن امرأته فأتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج ولأنه اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز ههنا وقد تعذر الجميع أولى والثانى وهو قوله فى الجديد وهو الصحيح انه ليس لها الفسخ لانه اذا لم يجز الحكم بموته فى قسمة ماله لم يجز الحكم بموته فى نكاح زوجته وقول عمر رضى الله عنه يعارضه قول على عليه السلام تصبر حتى يعلم موته ويخالف فرقة التعنين والاعسار بالنفقة لان هناك ثبت سبب الفرقة بالتعنين وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت فان قلنا بقوله القديم قعدت أربع سنين ثم تعتد عده الوفاة ثم تتزوج لما رويناه عن عمر رضى الله عنه ولان بمضى أربع سنين يتحقق براءة رحمها ثم تعتد لان الظاهر انه مات فوجب عليها عدة الوفاة قال أبو اسحق يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص ومن أصحابنا من قال يعتبر من حين انقطع خبره والاول أظهر لان هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت الى حكم الحاكم كمدة التعنين وهل يفتقر بعد انقضاء العدة الى الحكم بالفرقة فيه وجهان أحدهما انه لا يفتقر لان الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها والثانى انه يفتقر الى الحكم لانه فرقة مجتهد فيها فافتقرت الى الحاكم كفرقة التعنين وهل تقع الفرقة ظاهرا او باطنا فيه وجهان أحدهما تقع ظاهرا وباطنا فان قدم الزوج وقد تزوجت لم يجز أن ينتزعها من الزوج لانه فسخ مختلف فيه فنفذ فيه الحكم ظاهرا وباطنا كفرقة التعنين والثانى ينفذ فى الظاهر دون الباطن لان عمر رضى الله عنه جعل للمفقود لما رجع أن يأخذ زوجته وان قلنا بالقول الجديد انها باقية على نكاح الزوج فان تزوجت بعد مدة التربص وانقضاء العدة فالنكاح باطل فان قضى لها حاكم بالفرقة فهل يجوز نقضه على قوله الجديد فيه وجهان أحدهما لا يجوز لانه حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد والثانى انه يجوز لانه حكم مخالف لقياس جلى وهو انه لا يجوز أن يكون حيا فى ماله ميتا فى نكاح زوجته

﴿فصل﴾ وان رجع المفقود فان قلنا بقوله الجديد سلمت الزوجة اليه وان قلنا بقوله القديم وقلنا ان حكم الحاكم لا ينفذ فى الباطن سلمت اليه وان قلنا انه ينفذ ظاهرا وباطنا لم تسلم اليه وان فرق الحاكم بينهما وتزوجت ثم بان ان المفقود كان قد مات وقت الحكم بالفرقة فان قلنا بقوله القديم صح النكاح سواء قلنا ان الحكم ينفذ فى الظاهر دون الباطن أو قلنا انه ينفذ فى الباطن دون الظاهر لان الحكم أباح لها النكاح وقد بان ان الباطن كالظاهر وان قلنا بقوله الجديد ففى صحة النكاح الثانى وجهان بناء على القولين فيمن وصى بمكاتبه ثم تبين ان الكتابة كانت فاسدة

﴿باب مقام المعتدة والمكان الذى تعتد فيه﴾

اذا طلقت المرأة فان كان الطلاق رجعيا كان سكناها حيث يختار الزوج من المواضع التى تصلح لسكنى مثلها لانها فى حكم الزوجية وان كان الطلاق بائنا نظرت فان كان فى بيت يملك الزوج سكناه بملك أو اجارة أو اعارة فان كان الموضع يصلح لسكنى مثلها لزمها أن تعتد فيه لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فأوجب أن تسكن فى الموضع الذى كان يسكن الزوج فيه فان كان الموضع يضيق

(قوله استهوته الجن) قال ابن عرفة أى ذهبت به وقال غيره استمالته أى أضلته الشياطين فهوى أى أسرع الى مادعته اليه وقال الجوهرى استهوته الشياطين أى استهامته (قوله يسوغ فيه الاجتهاد) فى مواضع من الكتاب أى يحسن جوازه ويليق الحكم به من ساغ الشراب يسوغ اذا سهل مدخله فى الحلق قال الله تعالى ولا يكاد يسيغه وأساغ غصته بالماء اذا سهلها (قوله من وجدكم) أى من غناكم والوجد والجدة فى المال الغناء والسعة والقدرة عليه ومنه قوله صلى الله عليه وسلم لى الواجد يحل عقوبته وعرضه

عليهما انتقل الزوج وترك السكنى لها لان سكناها تختص بالموضع الذى طلقها فيه وان اتسع الموضع لهما وأراد أن يسكن معها نظرت فان كان فى الدار موضع منفرد يصلح لسكنى مثلها كالحجرة أو علو الدار أو سفلها و بينهما باب مغلق فسكنت فيه وسكن الزوج فى الثانى جاز لانهما كالدارين المتجاورتين فان لم يكن بينهما باب مغلق فان كان لها موضع تستتر فيه ومعها محرم لها تتحفظ به كره لانه لا يؤمن النظر ولا يحرم لان مع المحرم يؤمن الفساد فان لم يكن محرم لم يجز لقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان

﴿فصل﴾ وان أراد الزوج بيع الدار التى تعتد فيها نظرت فان كان مدة العدة غير معلومة كالعدة بالحمل أو بالاقراء فالبيع باطل لان المنافع فى مدة العدة مستثناة فيصير كما لو باع الدار واستثنى منفعة مجهولة فان كانت مدة العدة معلومة كالعدة بالشهور ففيه طريقان أحدهما انها على قولين كبيع الدار المستأجرة والثانى انه يبطل قولا واحدا والفرق بينهما ان منفعة الدار تنتقل الى المستأجر ولهذا اذا مات انتقل الى وارثه فلا يكون فى معنى من باع الدار واستثنى بعض المنفعة والمرأة لا تنتقل المنفعة اليها فى مدة العدة ولهذا اذا ماتت رجعت منافع الدار الى الزوج فيكون فى معنى من باع الدار واستثنى منفعتها لنفسه

﴿فصل﴾ وان حجر على الزوج بعد الطلاق لديون عليه لم يبع المسكن حتى تنقضى العدة لان حقها يختص بالعين فقدمت كما يقدم المرتهن على سائر الغرماء وان حجر عليه ثم طلق ضاربت المرأة الغرماء بحقها فان بيعت الدار استؤجر لها بحقها مسكن تسكن فيه لان حقها وان ثبت بعد حقوق الغرماء الا انه يستند الى سبب متقدم وهو الوطء فى النكاح فان كانت لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضاربت بالسكنى فى تلك المدة فان انقضت العدة فيما دون ذلك ردت الفاضل على الغرماء فان زادت مدة لعدة على العادة ففيه ثلاثة أوجه أحدها انها ترجع على الغرماء بما بقى لها كما ردت الفاضل اذا انقضت عدتها فيما دون العادة والثانى لا ترجع عليهم لان الذى استحقت الضرب به قدر عادتها والثالث ان كانت عدتها بالاقراء لم ترجع لان ذلك لا يعلم الا من جهتها وهى متهمة وان كانت بوضع الحمل أقامت البينة على وضع الحمل ورجعت عليهم لانه لا يلحقها فيه تهمة فان لم يكن لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضربت معهم باجرة أقل مدة تنقضى بها العدة لانه يقين فلا يجب ما زاد بالشك فان زادت العدة على أقل ما تنقضى به العدة كان الحكم فى الرجوع بالزيادة على ما ذكرناه اذا زادت على العادة

﴿فصل﴾ وان طلقت وهى فى مسكن لها لزمها ان تعتد فيه لانه مسكن وجبت فيه العدة ولها ان تطالب الزوج باجرة المسكن لان سكناها عليه فى العدة

﴿فصل﴾ وان مات الزوج وهى فى العدة قدمت على الورثة فى السكنى لانها استحقتها فى حال الحياة فلم تسقط بالموت كما لو أجر داره ثم مات فان أراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك لان فيها اضرارا بها فى التضييق عليها وان أرادوا التمييز بان يعلموا عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء فان قلنا ان القسمة تمييز الحقين جاز لانه لا ضرر عليها وان قلنا انها بيع فعلى ما بيناه

﴿فصل﴾ وان توفى عنها زوجها وقلنا انها تستحق السكنى فان كانت فى مسكن الزوج لزمها ان تعتد فيه لما روت فريعة بنت مالك ان زوجها اقتيل فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم امكثى حتى يبلغ الكتاب أجله وان لم تكن فى مسكن الزوج وجب من تركته أجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية لانه دين مستحق فقدم وان زاحمها الغرماء ضاربتهم بقدر حقها فان لم يكن له مسكن فعلى السلطان سكناها لما فى عدتها من حق الله تعالى وان قلنا لا تجب لها السكنى اعتدت حيث شاءت فان تطوع الورثة بالسكنى من مالهم وجب عليها الاعتداد فيه

(قوله باقصى الاجلين) بابعدهما والقصى البعيد

﴿فصل﴾ وان أمر الزوج امرأته بالانتقال الى دار أخرى فخرجت بنية الانتقال ثم مات أو طلقها وهي بين الدارين ففيه وجهان أحدهما انها تخير بين الدارين في الاعتداد لان الاولى خرجت عن ان تكون مسكنا لها بالخروج منها والثانية لم تصر مسكنا لها والثاني وهو الصحيح انه يلزمها الاعتداد في الثانية لانها مأمورة بالمقام فيها ممنوعة من الاولى

﴿فصل﴾ وان أذن لها في السفر فخرجت من البيت بنية السفر ثم وجبت العدة قبل ان تفارق البنيان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري ان لها ان تعود ولها ان تمضي في سفرها لان العدة وجبت بعد الانتقال من موضع العدة فصار كما لو فارقت البنيان والثاني وهو قول أبي اسحق انه يلزمها ان تعود وتعتد لانه لم يثبت لها حكم السفر فان وجبت العدة وقد فارقت البنيان فان كان في سفر نقلة ففيه وجهان كما قلنا فيمن طلقت وهي بين الدار التي كانت فيها وبين الدار التي أمرت بالانتقال اليها فان كانت في سفر حاجة فلها ان تمضي في سفرها ولها ان تعود لان في قطعها عن السفر مشقة وان وجبت العدة وقد وصلت الى المقصد فان كان للبقاء لزمها ان تقيم وتعتد لانه صار كالوطن الذي وجبت فيه العدة فان كان لقضاء حاجة فلها ان تقيم الى ان تنقضي الحاجة فان كان لزيارة أو نزهة فلها ان تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة أيام لان ذلك ليس باقامة فان قدر لها اقامة مدة من شهر أو شهرين ففيه قولان أحدهما ان لها ان تقيم المدة وهو اختيار المزني لانه مأذون فيه والثاني انها لا تقيم أكثر من اقامة المسافر وهو ثلاثة أيام لانه لم يأذن في المقام على الدوام فلم تزد على ثلاثة أيام فان انقضى ما جعل لها من المقام نظرت فان علمت انها اذا عادت الى البلد أمكن ان تقضي شيأ من عدتها ولم يمنعها خوف الطريق لزمها العود لتقضي العدة في مكانها وان علمت انها اذا عادت لم يبق منها شيء ففيه وجهان أحدهما لا يلزمها لانها لا تقدر على العدة في مكانها والثاني يلزمها لتكون أقرب الى الموضع الذي وجبت فيه العدة

﴿فصل﴾ اذا أحرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة فان لم تخش فوات الحج اذا قعدت للعدة لزمها ان تقعد للعدة ثم تحج لانه يمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط أحدهما بالآخر فان خشيت فوات الحج وجب عليها المضي في الحج لانهما استويا في الوجوب وتضيق الوقت والحج أسبق فقدم وان وجبت العدة ثم أحرمت بالحج لزمها القعود للعدة لانه لا يمكن الجمع بينهما والعدة أسبق فقدمت

﴿فصل﴾ ولا يجوز للمبتوتة ولا للمتوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة وروت زينب بنت كعب بن عجرة عن فريعة بنت مالك قالت قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني في دار وحشة أفأنتقل الى دار أهلي فاعتد عندهم فقال اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة اشهر وعشرا

﴿فصل﴾ وان بذت على أهل زوجها نقلت عنهم لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قال ابن عباس رضي الله عنه الفاحشة المبينة ان تبذو على أهل زوجها فاذا بذت على الاهل حل اخراجها وأما اذا بذا عليها أهل زوجها نقلوا عنها ولم تنتقل لان الاضرار منهم دونها وان خافت في الموضع ضررا من هدم أو غيره انتقلت لانها اذا انتقلت للبذاء على أهل زوجها فلان تنتقل من خوف الهدم أولى ولان القعود للعدة لدفع الضرر عن الزوج في حفظ نسب ولده والضرر لا يزال بالضرر فان كانت العدة في موضع بالاعارة فرجع المعير أو بالاجارة فانقضت المدة وامتنع المؤجر من الاجارة أو طلب أكثر من أجرة المثل انتقلت الى موضع آخر لانه حال عذر ولا تنتقل في هذه المواضع الا الى أقرب موضع

(قوله في دار وحشه) باسكان الحاء واضافة الدار اليها وأصله المكان القفر من الانيس يقال بلد وحش بالتسكين أي قفر وأوحش المنزل صار كذلك (قوله وان بذت على أهل زوجها) البذاء بالمد الفحش وفلان بذي اللسان والمرأة بذية تقول منه بذيت وبذوت وبذا الرجل يبذو

(قوله فان كانت ذات خدر) الخدر الستر وجارية مخدرة اذا لزمت الخدر وأسد خادر وخدره الاجمة وهى الغيطلة وضدها البرزة وهى غير المستترة بل ظاهرة وقد ذكر (قوله فتأيم نساؤهم) أى صرن أيامى جمع أيم وهى التى لا زوج لها والرجل أيضا أيم أى لا زوجة له (قوله فتحدثن مابدا لكن) أى ما تبين وظهر لكن من شهوة الحديث (قوله فلتؤب) أى فلترجع يقال آب الى وطنه أى

من الموضع الذى وجبت فيه العدة لانه أقرب الى موضع الوجوب كما قلنا فيمن وجبت عليه الزكاة فى موضع لا يجد فيه أهل السهمان انه ينقل الزكاة الى أقرب موضع منه وان وجب عليها حق لا يمكن الاستيفاء الا بها كاليمين فى دعوى أو حد فان كانت ذات خدر بعث اليها السلطان من يستوفى الحق منها وان كانت برزة جاز احضارها لانه موضع حاجة فاذا قضت ماعليها رجعت الى مكانها وان احتاجت الى الخروج لحاجة كشراء القطن وبيع الغزل لم يجز ان تخرج لذلك بالليل لما روى مجاهد قال استشهد رجال يوم أحد فتأيم نساؤهم فجئن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن يارسول الله انا نستوحش بالليل ونبيت عند احدانا حتى اذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحدثن عند احداكن مابدا لكن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة الى بيتها ولان الليل مظنة للفساد فلا يجوز لها الخروج من غير ضرورة وان أرادت الخروج لذلك بالنهار نظرت فان كانت فى عدة الوفاة جاز لحديث مجاهد وان كانت فى عدة المبتوتة ففيه قولان قال فى القديم لا يجوز لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة وقال فى الجديد يجوز وهو الصحيح لما روى جابر رضى الله عنه قال طلقت خالتى ثلاثا فخرجت تجد نخلا لها فلقيها رجل فنهاها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها اخرجى فجدى نخلك لعلك ان تصدقى منه أو تفعلى خيرا ولانها معتدة بائن فجاز لها ان تخرج بالنهار لقضاء الحاجة كالمتوفى عنها زوجها

﴿ باب الاحداد ﴾

الاحداد ترك الزينة ومايدعو الى المباشرة ويجب ذلك فى عدة الوفاة لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل ولا يجب ذلك على المعتدة الرجعية لانها باقية على الزوجية ولا يجب على أم الولد اذا توفى عنها مولاها ولا على الموطوأة بشبهة لما روت أم حبيبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا واختلف قوله فى المعتدة المبتوتة فقال فى القديم يجب عليها الاحداد لانها معتدة بائن فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وقال فى الجديد لا يجب عليها الاحداد لانها معتدة من طلاق فلم يلزمها الاحداد كالرجعية

﴿فصل﴾ ومن لزمها الاحداد حرم عليها أن تكتحل بالاثمد والصبر وقال أبو الحسن الماسرجسى ان كانت سوداء لم يحرم عليها والمذهب أنه يحرم لما ذكرناه من حديث أم سلمة ولانه يحسن الوجه ويجوز أن تكتحل بالابيض كالتوتيا لانه لا يحسن بل يزيد العين مرها فان احتاجت الى الاكتحال بالصبر والاثمد اكتحلت بالليل وغسلته بالنهار لما روت أم سلمة قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عينى صبرا فقال ماهذا ياأم سلمة قلت انما هو صبر ليس فيه طيب فقال انه يشب الوجه لا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار

﴿فصل﴾ ويحرم عليها أن تختضب لحديث أم سلمة ولانه يدعو الى المباشرة ويحرم عليها أن تحمر وجهها بالدمام وهو الكلكون وأن تبيضه باسفيداج العرائس لان ذلك أبلغ فى الزينة من الخضاب

رجع اليه ومنه قوله تعالى ان للمتقين مآبا أى مرجعا وفى بعض النسخ فلتأت من لاتيان (قوله مظنة للفساد) مظنة الشئ موضعه ومألفه الذى يظن كونه فيه والجمع المظان وروى مطية بالطاء المهملة والياء أى مركب الفساد لخفاء مايعمل فيه وسميت مطية لانها يركب مطاها أى ظهرها (قوله تجد نخلها) أى تقطعه والجداد فى النخل كالحصاد فى الزرع (ومن باب الاحداد ومابعده) أصل الحد المنع ومنه قيل للبواب حداد وأحدت وحدت اذا امتنعت من الزينة والخضاب يقال حدت تحد وتحد حدادا فهى حاد (قوله ولا الممشق) هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة الطين الاحمر والتوتيا دواء يجعل فى العين (قوله يزيد العين مرها) يقال مرهت العين مرها اذا فسدت لترك الكحل وهى عين مرهاء وامرأة مرهاء والرجل أمره قال رؤبة

لله در الغانيات المره * سبحن واسترجعن من تألهى

(قوله يشب الوجه) أى يحسنه ويظهر لونه من شب النار اذا ألهبها وأوقدها ويقال شعرها شب لونها أى يظهره ويحسنه ويقال للجميل انه لمشبوب قال ذو الرمة

اذا الاروع المشبوب أضحى كأنه * على الرحل مما مسه السير أحمق

(قوله بالدمام وهو الكلكون) وروى بضم الكاف وسكون اللام قال الجوهرى الدمام بالكسر دواء يطلى به جبهة الصبى وظاهر عينيه وكل شئ طلى به فهو دمام وقد دممت الشئ أدمه بالضم أى طليته بأى صبغ كان والمدموم الاحمر قال الشاعر

تجلو بقادمتى حمامة ايكة * بردا تعل لثاته بدمام

والكلكون فارسى والاسفيداج صبغ أبيض

(قوله الاثوب عصب) العصب ضرب من برود اليمن وأصل العصب الشد والطى وهذه البرود يعصب بعضها وتشد لئلا يناله الصبغ ثم يصبغ سائرها فاذا صبغ حلوا العصب منها فيبقى موضعه أبيض وسائر الثوب مصبوغا يصنع ذلك بالغزل الذى يسدى به دون اللحمة وقال فى الشامل العصب هو الغزل والعصاب هو الغزال الذى يبيع الغزل (قوله نبذة من قسط أو اظفار) النبذة فعلة من نبذ أى طرح ورمى وكل شئ رميت به وطرحته نبذته والقسط طيب معروف يؤتى به من أرض الحبشة ويقال كشط بالكاف أيضا

فهو بالتحريم أولى ويحرم عليها ترجيل الشعر لانه يحسنها ويدعو الى مباشرتها

﴿فصل﴾ ويحرم عليها أن تطيب لما روت أم عطية أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاتحد المرأة فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشرا لاتكتحل ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تمس طيبا الا عند طهرها من حيضها نبذة من قسط أو اظفار ولان الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى المباشرة ولا تأكل شيأ فيه طيب ظاهر ولا تستعمل الادهان المطيبة كالبان ودهن الورد ودهن البنفسج لانه طيب ولا تستعمل الزيت والشيرج فى الرأس لانه يرجل الشعر ويجوز لها أن تغسل رأسها بالسدر لما روت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها امتشطى فقلت بأى شئ أمتشط يارسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك ولان ذلك تنظيف لا تزيين فلم يمنع منه ويجوز أن تقلم الاظفار وتحلق العانة لانه يراد للتنظيف لا للزينة

﴿فصل﴾ ويحرم عليها لبس الحلى لحديث أم سلمة ولانه يزيد فى حسنها ولهذا قال الشاعر

وما الحلى الا زينة لنقيصة ＊ يتمم من حسن اذا الحسن قصرا

فأما اذا كان الجمال موفرا ＊ كحسنك لم يحتج الى أن يزورا

﴿فصل﴾ ويحرم عليها لبس ماصبغ من الثياب للزينة كالاحمر والاصفر والازرق الصافى والاخضر الصافى لحديث أم عطية ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب وأما ماصبغ غزله ثم نسج فقد قال أبو اسحق انه لايحرم لحديث أم عطية ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب والعصب ماصبغ غزله ثم نسج والمذهب أنه يحرم لان الشافعى رحمه الله نص على تحريم الوشى والديباج وهذا كله صبغ غزله ثم نسج ولان ماصبغ غزله ثم نسج أرفع وأحسن مما صبغ بعد النسج وأما ماصبغ لغير الزينة كالثوب المصبوغ بالسواد للمصيبة وماصبغ للوسخ كالازرق المشبع والاخضر المشبع فانه لايحرم لانه لازينة فيه ولا يحرم ماعمل من غزله من غير صبغ كالمعمول من القطن والكتان والابريسم والصوف والوبر لانها وان كانت حسنة الا أن حسنها من أصل الخلقة لازينة أدخلت عليها وان عمل على الثياب طرز فان كانت كبارا حرم عليها لبسه لانه زينة ظاهرة أدخلت عليه وان كانت صغارا ففيه وجهان أحدهما يحرم كما يحرم قليل الحلى وكثيره والثانى لايحرم لقلتها وخفائها

﴿باب اجتماع العدتين﴾

اذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول وتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بتحريمها وجب عليها اتمام عدة الاول واستئناف عدة الثانى ولا تدخل عدة أحدهما فى عدة الآخر لما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه وضرب زوجها بمخفقة ضربات ثم قال أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان خاطبا من

الخطاب

مثل قوله كشطت وقشطت ويقال كست بالتاء أيضا والاظفار تؤخذ من البحر تشبه بظفر الانسان (قوله تغلفين به رأسك) أى تطلين وتمشطين يقال تغلف بالغالية وغلف بها لحيته غلفا (قوله ويحرم عليها لبس الحلى) الحلى بفتح الحاء واسكان اللام اسم لكل مايتزين به من الذهب والفضة والجواهر وجمعه حلى بضم الحاء وكسرها (قوله النقيصة) فعيلة من النقص وهو ضد التمام والنقيصة أيضا العيب وقصر أى لم يتم يقال قصر فى الامر اذا توانى والتقصير التوانى وترك المبالغة (قوله موفرا) أى كاملا تاما غير ناقص من الوفر وهو المال الكثير (قوله لم يحتج الى ان يزورا) زورت الشئ اذا حسنته وقومته ومنه قول الحجاج امرؤ زور نفسه أى قومها وقول عمر رضى الله عنه يوم السقيفة وكنت زورت فى نفسى كلاما أى حسنته وقومته (قوله الوشى والديباج) نوع من ثياب الحرير غليظ معروف (قوله من الابريسم والصوف والوبر) الابريسم الحرير وفيه ثلاث لغات قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين واللغة الثانية بكسر الهمزة وفتح الراء والسين جميعا والثالثة بكسر الجميع وكذا الاهليلج مثله والصوف شعر الضأن والوبر شعر الابل (قوله فضربها بمخفقة) هى الدرة التى يضرب بها وكل ضرب بشئ عريض خفق وقد ذكرنا القافة وأصلها قوفة جمع قائف مثل كافر وكفرة فلما تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا ومثله الصاغة والحاكة

الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ثم اعتدت من الآخر ولم ينكحها أبدا ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين فان كانت حائلا انقطعت عدة الاول بوطء الثانى الى أن يفرق بينهما لانها صارت فراشا للثانى فاذا فرق بينهما أتمت ما بقى من عدة الاول ثم استأنفت العدة من الثانى لانهما عدتان من جنس واحد فقدمت السابقة منهما وان كانت حاملا نظرت فان كان الحمل من الأول انقطعت عدتها منه بوضعه ثم استأنفت العدة من الثانى بالاقراء بعد الطهر من النفاس وان كان الحمل من الثانى انقضت عدتها منه بوضعه ثم أتمت عدة الأول وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الاول لانه لا يجوز أن يكون الحمل من الثانى وتعتد به من الاول وان أمكن أن يكون من كل واحد منهما عرض على القافة فان ألحقته بالأول انقضت به عدته وان ألحقته بالثانى انقضت به عدته وان ألحقته بهما أو نفته عنهما أو لم تعلم أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء لانه ان كان من الاول لزمها للثانى ثلاثة أقراء وان كان من الثانى لزمها اكمال العدة من الأول فوجب أن تعتد بثلاثة أقراء ليسقط الفرض بيقين وان لم يمكن أن يكون من واحد منهما ففيه وجهان أحدهما لا تعتد به عن أحدهما لانه غير لاحق بواحد منهما فعلى هذا اذا وضعت أكملت عدة الأول ثم تعتد من الثانى بثلاثة أقراء والثانى تعتد به عن أحدهما لا بعينه لانه يمكن أن يكون من أحدهما ولهذا لو أقر به لحقه فانقضت به العدة كالمنفى باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بثلاثة أقراء بعد الطهر من النفاس

﴿فصل﴾ اذا تزوج رجل امرأة فى عدة غيره ووطئها ففيه قولان قال فى القديم تحرم عليه على التأبيد لما رويناه عن عمر رضى الله عنه أنه قال ثم لا ينكحها أبدا وقال فى الجديد لا تحرم عليه على التأبيد واذا انقضت عدتها من الأول جاز له أن يتزوجها لانه وطء شبهة فلا يوجب تحريم الموطوأة على الواطئ على التأبيد كالوطء فى النكاح بلا ولى وما روى عن عمر رضى الله عنه فقد روى عن على كرم الله وجهه أنه قال اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فخطب عمر رضى الله عنه وقال ردوا الجهالات الى السنة فرجع الى قول على كرم الله وجهه

﴿فصل﴾ اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم وطئها فى العدة وجبت عليها عدة بالوطء لانه وطء فى نكاح قد تشعث فهو كوطء الشبهة فان كانت من ذوات الاقراء أو من ذوات الشهور لزمها ان تستأنف العدة وتدخل فيها البقية من عدة الطلاق لانهما من واحد وله أن يراجعها فى البقية لانها من عدة الطلاق فاذا مضت البقية لم يجز أن يراجعها لانها فى عدة وطء شبهة وان حملت من الوطء صارت فى عدة الوطء حتى تضع وهل تدخل فيها بقية عدة الطلاق فيه وجهان أحدهما تدخل لانهما لواحد فدخلت احداهما فى الاخرى كما لو كانتا بالاقراء والثانى لا تدخل لانهما جنسان فلم تدخل احداهما فى الاخرى فان قلنا يتداخلان كانت فى العدتين الى أن تضع لان الحمل لا يتبعض وله أن يراجعها الى أن تضع لانها فى عدة الطلاق وان قلنا لا يتداخلان فان لم ترد ما على الحمل أو رأت وقلنا انه ليس بحيض فهى معتدة بالحمل عن وطء الشبهة الى أن تضع فاذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله أن يراجعها فى هذه البقية لانها فى عدة الطلاق وهل له أن يراجعها قبل الوضع فيه وجهان أحدهما ليس له أن يراجعها لانها فى عدة وطء الشبهة والثانى له أن يراجعها لانها لم تكمل عدة الطلاق فاذا رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض كانت عدتها من الوطء بالحمل وعدتها من الطلاق بالاقراء التى على الحمل لان عليها عدتين أحدهما بالاقراء والاخرى بالحمل فجاز أن يجتمعا فاذا مضت ثلاثة اقراء قبل وضع الحمل فقد انقضت عدة الطلاق وان وضعت قبل انقضاء الاقراء فقد انقضت عدة الوطء وعليها تمام عدة الطلاق فاذا راجعها فى بقية

(قوله فى نكاح قد تشعث) قد ذكر والشعث انتشار الامر يقال لم الله شعثك أى جمع أمرك المنتشر

عدة الطلاق صحت الرجعة وان راجعها قبل الوضع ففى صحة الرجعة وجهان على ماذكرناه فأما اذا كانت قد حبلت من الوطء قبل الطلاق كانت عدة الطلاق بالحمل وعدة الوطء بالاقراء فان قلنا ان عدة الاقراء تدخل فى عدة الحمل كانت عدتها من الطلاق والوطء بالحمل فاذا وضعت انقضت العدتان جميعا وان قلنا لا تدخل عدة الاقراء فى الحمل فان كانت لا ترى الدم على الحمل أو تراه وقلنا انه ليس بحيض فان عدتها من الطلاق تنقضى بوضع الحمل وعليها استئناف عدة الوطء بالاقراء وان كانت ترى الدم وقلنا انه حيض فان سبق الوضع انقضت العدة الاولى وعليها اتمام العدة الثانية فان سبق انقضاء الاقراء انقضت عدة الوطء ولا تنقضى العدة الاولى الا بالوضع

﴿فصل﴾ اذا خالع امرأته بعد الدخول فله أن يتزوجها فى العدة وقال المزنى لا يجوز كما لا يجوز لغيره وهذا خطأ لان نكاح غيره يؤدى الى اختلاط الانساب ولا يوجد ذلك فى نكاحه وان تزوجها انقطعت العدة وقال أبو العباس لا تنقطع قبل أن يطأها كما لا تنقطع اذا تزوجها أجنبى قبل أن يطأها وهذا خطأ لان المرأة تصير فراشا بالعقد ولا يجوز أن تبقى مع الفراش عدة ولانه لا يجوز أن تكون زوجته وتعتد منه ويخالف الاجنبى فان نكاحه فى العدة فاسد فلم تصر فراشا الا بالوطء فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة وتدخل فيها بقية الاولى وان طلقها قبل أن يطأها لم يلزمها استئناف عدة لانها مطلقة فى نكاح قبل المسيس فلم تلزمها عدة كما لو تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول وعليها أن تتم ما بقى عليها من العدة الاولى لانا لو أسقطنا البقية أدى ذلك الى اختلاط المياه وفساد الانساب لانه يتزوج امرأة ويطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر فيطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر ويفعل مثل ذلك الى أن يجتمع على وطئها فى يوم واحد عشرون وتختلط المياه وتفسد الانساب

﴿فصل﴾ اذا طلق امرأته بعد الدخول طلقة ثم راجعها نظرت فان وطئها بعد الرجعة ثم طلقها لزمها ان تستأنف العدة وتدخل فيها بقية العدة الاولى فان راجعها ثم طلقها قبل أن يطأها ففيه قولان أحدهما ترجع الى العدة الاولى وتبنى عليها كما لو خالعها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل أن يطأها والثانى انها تستأنف العدة وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لانه طلاق فى نكاح وطئ فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعة وتخالف المختلعة لان هناك عادت اليه بنكاح جديد ثم طلقها من غير وطء وههنا عادت الى النكاح الذى طلقها فيه فاذا طلقها استأنفت العدة كما لو ارتدت بعد الدخول ثم أسلمت ثم طلقها وان طلقها ثم مضى عليها قرء أو قرآن ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقان قال أبو سعيد الاصطخرى وأبو على بن خيران رحمهما الله هى كالمسئلة قبلها فتكون على قولين وللشافعى رحمه الله ما يدل عليه فانه قال فى تلك المسئلة ولزم أن تقول ارتجع أو لم يرتجع سواء والدليل عليه ان الطلاق معنى لو طرأ على الزوجية أوجب عدة فاذا طرأ على الرجعية أوجب عدة كالوفاة فى ايجاب عدة الوفاة وقال أبو اسحق تبنى على عدتها قولا واحدا لانهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين فى وقت واحد

﴿فصل﴾ وان تزوج عبد أمة ودخل بها ثم طلقها طلاقا رجعيا ثم أعتقت الامة وفسخت النكاح ففيه طريقان أحدهما انها على قولين أحدهما تستأنف العدة من حين الفسخ والثانى لا تستأنف والطريق الثانى انها تستأنف العدة من الفسخ قولا واحدا لان احدى العدتين من طلاق والاخرى من فسخ فلا تبنى احداهما على الاخرى

﴿فصل﴾ واذا خلا رجل بامرأته ثم اختلفا فى الاصابة فادعاه أحدهما وأنكر الآخر ففيه قولان قال

فى الجديد القول قول المنكر لان الاصل عدم الاصابة وقال فى القديم القول قول المدعى لان الخلوة تدل على الاصابة

﴿فصل﴾ وان اختلفا فى انقضاء العدة بالاقراء فادعت المرأة انقضاءها الزمان يمكن فيه انقضاء العدة وأنكر الزوج فالقول قولها وان اختلفا فى وضع ما تنقضى به العدة فادعت المرأة انها وضعت ما تنقضى به العدة وأنكر الزوج فالقول قولها لقوله عز وجل ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن فحرج النساء على كتمان ما فى الارحام كما حرج الشهود على كتمان الشهادة فقال ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ثم يجب قبول شهادة قول الشهود فوجب قبول قول النساء ولان ذلك لا يعلم الا من جهتها فوجب قبول قولها فيه كما يجب على التابعى قبول ما يخبره به الصحابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يكن له سبيل الى معرفته الا من جهته وان ادعت المرأة انقضاء العدة بالشهور وأنكر الزوج فالقول قوله لان ذلك اختلاف فى وقت الطلاق فكان القول فيه قوله

﴿فصل﴾ وان طلقها فقالت المرأة طلقنى وقد بقى من الطهر ما يعتد به قرأ وقال الزوج طلقتك ولم يبق شئ من الطهر فالقول قول المرأة لان ذلك اختلاف فى وقت الحيض وقد بينا ان القول فى الحيض قولها

﴿فصل﴾ وان طلقها وولدت واتفقا على وقت الولادة واختلفا فى وقت الطلاق فقال الزوج طلقتك بعد الولادة فلى الرجعة وقالت المرأة طلقتنى قبل الولادة فلا رجعة لك فالقول قول الزوج لانهما لو اختلفا فى أصل الطلاق كان القول قوله فكذلك اذا اختلفا فى وقته ولان هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به فرجع اليه وان اتفقا فى وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج ولدت قبل الطلاق فلى الرجعة وقالت المرأة بل ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لك فالقول قولها لانهما لو اختلفا فى أصل الولادة كان القول قولها فكذلك اذا اختلفا فى وقتها وان جهلا وقت الطلاق ووقت الولادة وتداعيا السبق فقال الرجل تأخر الطلاق وقالت المرأة تأخرت الولادة فالقول قول الزوج لان الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة فان جهلا وقتهما أو جهل السابق منهما لم يحكم بينهما لانهما لا يدعيان حقا وان ادعت المرأة السبق وقال الزوج لا أعرف السابق قال له الحاكم ليس هذا بجواب فاما أن تجيب جوابا صحيحا أو نجعلك ناكلا فان استفتى أفتيناه بما ذكرناه فى المسئلة قبلها وان للزوج الرجعة لان الاصل وجوب العدة وبقاء الرجعة والورع أن لا يراجعها

﴿فصل﴾ فان أذن لها فى الخروج الى بلد آخر ثم طلقها واختلفا فقالت المرأة نقلتنى الى البلد الاخرى ففيه أعتد وقال الزوج بل أذنت لك فى الخروج لحاجة فعليك أن ترجعى فالقول قول الزوج لانه أعلم بقصده وان مات واختلفت الزوجة والوارث فالقول قولها لانهما استويا فى الجهل بقصد الزوج ومع الزوجة ظاهر فان الامر بالخروج يقتضى خروجا من غير عود

﴿ باب استبراء الامة وأم الولد ﴾

من ملك أمة ببيع أو هبة أو ارث أو سبى أو غيرها من الاسباب لزمه أن يستبرئها لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة فان كانت حاملا استبرأها بوضع الحمل لحديث أبى سعيد الخدرى وان كانت حائلا نظرت فان كانت ممن تحيض استبرأها بقرء وفى القرء قولان أحدهما انه طهر لانه استبراء فكان القرء فيه الطهر كالعدة والثانى ان القرء حيض وهو الصحيح لحديث أبى سعيد ولان براءة الرحم لا تحصل الا بالحيض فان قلنا ان القرء هو الطهر فان كانت عند وجوب الاستبراء طاهرا كانت بقية الطهر قرأ فان طعنت فى الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها فاذا طعنت فى

(قوله فحرج النساء كما حرج الشهود) أى تواعدهن بالحرج وهو الاثم يقال حرجه وأحرجه أى أثمه وتحرج أى تأثم والحرج والتحريج التضييق أيضا (قوله استبراء الامة) هو طلب براءة الرحم من الولد أى خلوه عنه وعدمه يقال فلان برىء من الدين اذا خلا عنه وقال فى الفائق برئ من المرض و برأ فهو بارئ ومعناه المزايلة والتباعد عنه قال ومنه برئ من كذا براءة

الطهر الثانى حلت وان كانت حائضا لم تشرع فى القرء حتى تطهر فاذا طعنت فى الحيض الثانى حلت وان قلنا ان القرء هو الحيض فان كانت حال وجوب الاستبراء طاهرا لم تشرع فى القرء حتى تحيض فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت وان كانت حائضا لم تشرع فى القرء الا فى الحيضة الثانية لان بقية الحيض لا تعد قرأ فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت وان وجب الاستبراء وهى ممن تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها فى الانتظار حكم المطلقة اذا ارتفع حيضها وان وجب الاستبراء وهى ممن لا تحيض لصغر أو كبر ففيه قولان أحدهما تستبرأ بشهر لان كل شهر فى مقابلة قرء والثانى تستبرأ بثلاثة أشهر وهو الصحيح لان مادونها لم يجعل دليلا على براءة الرحم

﴿فصل﴾ وان ملكها وهى مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو ذات زوج لم يصح استبراؤها فى هذه الاحوال لان الاستبراء يراد للاستباحة ولا توجد الاستباحة فى هذه الاحوال وان اشتراها فوضعت فى مدة الخيار أو حاضت فى مدة الخيار فان قلنا انها لا تملك قبل انقضاء الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبراء لانه استبراء قبل الملك وان قلنا انها تملك ففيه وجهان أحدهما لا يعتد به لان الملك غير تام لانه معرض للفسخ والثانى يعتد به لانه استبراء بعد الملك وجواز الفسخ لا يمنع الاستبراء كما لو استبرأها وبها عيب لم يعلم به وان ملكها بالبيع أو الوصية فوضعت أو حاضت قبل القبض ففيه وجهان أحدهما لا يعتد به لان الملك غير تام والثانى يعتد به لانه استبراء بعد الملك وللشافعى رحمه الله ما يدل على كل واحد من الوجهين وان ملكها بالارث صح الاستبراء وان لم تقبض لان الموروث قبل القبض كالمقبوض فى تمام الملك وجواز التصرف

﴿فصل﴾ وان ملك أمة وهى زوجته لم يجب الاستبراء لان الاستبراء لبراءة الرحم من ماء غيره والمستحب أن يستبرئها لان الولد من النكاح مملوك ومن ملك اليمين حر فاستحب أن يميز بينهما

﴿فصل﴾ وان كانت أمته ثم رجعت اليه بالفسخ أو باعها ثم رجعت اليه بالاقالة لزمه أن يستبرئها لانه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد وعاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها فان رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لان بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لان له أن يقبلها وينظر اليها بالشهوة وانما منع من وطئها لحق المرتهن وقد زال حقه بالفكاك فحلت له وان ارتد المولى ثم أسلم أو ارتدت الامة ثم أسلمت وجب استبراؤها لانه زال ملكه عن استمتاعها بالردة وعاد بالاسلام وان زوجها ثم طلقت فان كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها لانه زال ملكه عن استمتاعها وعاد بالطلاق وان كان بعد الدخول وانقضاء العدة ففيه وجهان أحدهما لا تحل له حتى يستبرئها لانه تجدد له الملك على استمتاعها فوجب استبراؤها كما لو باعها ثم اشتراها والثانى تحل له وهو قول أبى على بن أبى هريرة لان الاستبراء يراد لبراءة الرحم وقد حصل ذلك بالعدة

﴿فصل﴾ ومن وجب استبراؤها حرم وطؤها وهل يحرم التلذذ بها بالنظر والقبلة ينظر فيه فان ملكها ممن له حرمة لم يحل له لانه لا يؤمن أن تكون أم ولد لمن ملكها من جهته وان ملكها ممن لا حرمة له كالمسبية ففيه وجهان أحدهما لا تحل له لان من حرم وطؤها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها كما لو ملكها ممن له حرمة والثانى أنها تحل لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال خرجت فى سهمى يوم جلولاء جارية كأن عنقها ابريق فضة فما ملكت نفسى ان قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون ولان المسبية يملكها حاملا كانت أو حائلا فلا يكون التلذذ بها الا فى ملكه وانما منع من وطئها حتى لا يختلط ماؤه بماء مشرك ولا يوجد هذا فى التلذذ بالنظر والقبلة وان وطئت زوجته بشبهة لم يحل له وطؤها قبل انقضاء

(قوله يوم جلولاء) بفتح الجيم وفتح اللام والمد واما جلولاء بالجيم وضم اللام ففيه رواية وأنها قرية من قرى فارس

العدة لانه يؤدى الى اختلاط المياه وافساد النسب وهل له التلذذ بها فى غير الوطء على ما ذكرناه من الوجهين فى المسبية لانها زوجته حاملا كانت أو حائلا

﴿فصل﴾ ومن ملك أمة جاز له بيعها قبل الاستبراء لا ما قدمناه على أنه يجب على المشترى الاستبراء فلم يجب على البائع لان براءة الرحم تحصل باستبراء المشترى وان أراد تزويجها نظرت فان لم يكن وطئها جاز تزويجها من غير استبراء لانها لم تصر فراشا له وان وطئها لم يجز تزويجها قبل الاستبراء لانها صارت بالوطء فراشا له

﴿فصل﴾ وان أعتق أم ولده فى حياته أو عتقت بموته لزمها الاستبراء لانها صارت بالوطء فراشا له وتستبرأ كما تستبرأ المسبية لانه استبراء بحكم اليمين فصار كاستبراء المسبية وان أعتقها أو مات عنها وهى مزوجة أو معتدة لم يلزمها الاستبراء لانه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمها الاستبراء كما لو طلق امرأته قبل الدخول ثم مات ولانها صارت فراشا لغيره فلا يلزمها لاجله استبراء وان زوجها ثم مات ومات الزوج ولم يعلم السابق منهما لم يخل اما أن يكون بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون أو أكثر أو لا يعلم مقدار ما بينهما فان كان بينهما شهران وخمسة أيام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لانه ان كان المولى مات أولا فقد مات وهى زوجة فلا يجب عليها الاستبراء وان مات الزوج أولا فقد مات المولى بعده وهى معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء وعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من بعد موت أحدهما لانه يجوز أن يكون قد مات المولى أولا فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة وان كان بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال لزمها أن تعتد من بعد آخرهما موتا بأكثر الامرين من أربعة أشهر وعشر أو حيضة لانه ان مات الزوج أولا فقد اعتدت عنه بشهرين وخمسة أيام وعادت فراشا للمولى فاذا مات لزمها أن تستبرئ بحيضة وان مات المولى أولا لم يلزمها استبراء فاذا مات الزوج لزمتها عدة حرة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين وان لم يعلم قدر ما بين المدتين من الزمان وجب أن تأخذ بأغلظ الحالين وهو أن يكون بينهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر وعشر أو حيضة ليسقط الفرض بيقين كما يلزم من نسى صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليسقط الفرض بيقين ولا يوقف لها شئ من تركة الزوج لان الاصل فيها الرق فلم تورث مع الشك

﴿فصل﴾ وان كانت بين رجلين جارية فوطئاها ففيها وجهان أحدهما يجب استبراآن لانه يجب لحقهما فلم يدخل أحدهما فى الآخر كالعدتين والثانى يجب استبراء واحد لان القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ولهذا لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة وبراءة الرحم منهما تحصل باستبراء واحد

﴿فصل﴾ اذا استبرأ أمته ثم ظهر بها حمل فقال البائع هو منى وصدقه المشترى لحقه الولد والجارية أم ولد له والبيع باطل وان كذبه المشترى نظرت فان لم يكن أقر بالوطء حال البيع لم يقبل قوله لان الملك انتقل الى المشترى فى الظاهر فلم يقبل اقراره بما يبطل حقه كما لو باعه عبدا ثم أقر أنه كان غصبه أو أعتقه وهل يلحقه نسب الولد فيه قولان قال فى القديم والاملاء يلحقه لانه يجوز أن يكون ابنا له واحد ومملوكا لغيره وقال فى البويطى لا يلحقه لان فيه اضرارا بالمشترى لانه قد يعتقه فيثبت له عليه الولاء واذا كان ابنا لغيره لم يرثه وان كان قد أقر بوطئها عند البيع فان كان قد استبرأها ثم باعها نظرت فان أتت بولد لدون ستة أشهر لحقه نسبه وكانت الجارية أم ولد له وكان البيع باطلا وان ولدته لستة أشهر فصاعدا لم يلحقه الولد لانه لو استبرأها ثم أتت بولد وهى فى ملكه لم يلحقه فلأن لا يلحقه وهى فى ملك غيره أولى فان لم يكن المشترى قد وطئها كانت الجارية والولد مملوكين له وان كان قد وطئها فان أتت بولد لدون ستة أشهر من حين الوطء فهو كما لو لم يطأها لانه لا يجوز أن يكون منه وتكون الجارية والولد

علوكين له وان أتت بولد لستة أشهر فصاعدا لحقه الولد وصارت الجارية أم ولده لان الظاهر أنه منه وان لم يكن استبرأها البائع نظرت فان ولدته لدون ستة أشهر من وقت البيع لحق البائع وكانت الجارية أم ولده وكان البيع باطلا وان ولدته لستة أشهر نظرت فان لم يكن قد وطئها المشتري فهو كالقسم قبله لانها لم تصر فراشا له وان وطئها فولدت لستة أشهر من وطئه عرض الولد على القافة فان ألحقته بالبائع لحق به وان ألحقته بالمشتري لحقه وقد بينا حكم الجميع

﴿ كتاب الرضاع ﴾

اذا ثار للمرأة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولدا لها في حكمين في تحريم النكاح وفي جواز الخلوة وأولاده أولادها وصارت المرأة أماله وأمهاتها جداته وآباؤها أجداده وأولادها اخوته وأخواته واخوتها وأخواتها أخواله وخالاته وان كان الولد ثابت النسب من رجل صار الطفل ولدا له وأولاده أولاده وصار الرجل أباله وآباؤه أجداده وأمهاته جداته وأولاده اخوته وأخوته واخواته أعمامه وعماته والدليل عليه قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فنص على الامهات والاخوات فدل على ماسواه وروى ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال انها ابنة أخي من الرضاعة وانه يحرم من الرضاع مثل مايحرم من النسب وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة وروت عائشة رضي الله عنها ان أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها فأبت أن تأذن له فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أفلا أذنت لعمك فقالت يارسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل قال فأذني له فانه عمك وكان أبو القعيس زوج المرأة التي أرضعت عائشة رضي الله عنها ولان اللبن حدث للولد والولد ولدهما فكان المرضع بابن ولدهما

﴿فصل﴾ وتنتشر حرمة الرضاع من الولد الى أولاده وأولاد أولاده ذكورا كانوا أو اناثا ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه واخوته وأخواته ولا يحرم على المرضعة ان تتزوج بأبي الطفل ولا باخيه ولا يحرم على زوج المرضعة الذي ثار اللبن على ولده أن يتزوج بأم الطفل ولا بأخته لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وحرمة النسب في الولد تنتشر الى أولاده ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه ولا الى اخوته وأخواته فكذلك الرضاع

﴿فصل﴾ ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع بعد الحولين لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل تمام الرضاع في الحولين فدل على أنه لا حكم للرضاع بعد الحولين وروى يحيى بن سعيد أن رجلا قال لأبي موسى الاشعري اني مصصت من ثدي امرأتي لبنا فذهب في بطني قال أبو موسى لا أراه الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ماتفتي به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله لا رضاع الا ما كان في الحولين قال أبو موسى لا تسألوني عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم وعن ابن عباس رضي الله عنه قال لا رضاع الا ما كان في الحولين

﴿فصل﴾ ولا يثبت تحريم الرضاع بمادون خمس رضعات وقال أبو ثور يثبت بثلاث رضعات لماروت

أي طلب وأصله من راد يرود اذا طلب المرعى وفي المثل الرائد لا يكذب أهله وفي الحديث فليرتد لبوله ومنه قوله تعالى أنا راودته عن نفسه (قوله اني مصصت بالكسر) مصصت الشئ أمصه مصا وكذلك امتصصته والمصاصة الخلاصة من الشئ والماص يستخرج خلاصة اللبن (قوله مادام هذا الحبر بين أظهركم) الحبر العالم وفيه لغتان فتح الحاء وكسرها والكسر أفصح هكذا ذكره في ديوان الادب والصحاح قال ومعناه العالم بتحبير الكلام والعلم وتحسينه (قوله بين أظهركم) يقال أقام فلان بين أظهر قومه وظهرانيهم أي أقام بينهم واقحام الاظهر وهو جمع ظهر على معنى أن اقامته فيهم على سبيل الاستظهار بهم والاستناد اليهم وأما ظهرانيهم فقد زيدت فيه الالف والنون على ظهر عند التثنية للتأكيد كقولهم في الرجل العيون نفساني وهي نسبة الى النفس بمعنى العين والصيدلاني والصيدناني منسوب الى الصيدل والصيدن وهما أصول الاشياء وجواهرها وألحقوا الالف والنون عند النسبة للمبالغة فكان معنى التثنية أي ظهر منه قدامه وآخر وراءه مكنوف من جانبيه هذا أصله ثم كثر حتى استعمل في الاقامة بين القوم مطلقا وان لم يكن مكنوفا

أم الفضل رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان فدل على أن الثلاث يحرمن والدليل على أنه لايحرم مادون الخمس الرضعات ماروت عائشة رضى الله عنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخ بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ فى القرآن وحديث أم الفضل يدل على أن الثلاث يحرمن من جهة دليل الخطاب والنص يقدم على دليل الخطاب وهو مارويناه ولايثبت الابخمس رضعات متفرقات لان الشرع وردبها مطلقا فحمل على العرف والعرف فى الرضعات ان يرتضع ثم يقطعه باختياره من غير عارض ثم يعود اليه بعد زمان ثم يرتضع ثم يقطعه وعلى هذا الى أن يستوفى العدد كما أن العادة فى الا كلات أن تكون متفرقة فى أوقات فأما اذا قطع الرضاع لضيق نفس أولشئ يلهيه ثم رجع اليه أوانتقل من ثدى الى ثدى كان الجميع رضعة كما أن الأكل اذا قطعه لضيق نفس أوشرب ماء أولانتقال من لون الى لون كان الجميع أكلة فان قطعت المرضعة عليه ففيه وجهان أحدهما ان ذلك ليس برضعة لانه قطع عليه بغير اختياره والثانى أنه رضعة لان الرضاع يصح بكل واحد منهما ولهذا لوأوجرته وهو نائم ثبت التحريم كما يثبت اذا ارتضع منها وهى نائمة فاذا تمت الرضعة بقطعه وجب أن تتم بقطعها فان أرضعته امرأة أربع رضعات ثم أرضعته امرأة أخرى أربع رضعات ثم عاد الى الاولى فارتضع منها وقطع وعاد الى الاخرى فى الحال فارتضع منها ففيه وجهان أحدهما لايتم عدد الخمس من واحدة منهما لانه انتقل من احداهما الى الاخرى قبل تمام الرضعة فلم تكن كل واحدة منهما رضعة كما لوانتقل من ثدى الى ثدى والثانى يتم العدد من كل واحدة منهما لان الرضعة أن يرتضع القليل والكثير ثم يقطع ولايعود الابعد زمان طويل وقد وجد ذلك

﴿فصل﴾ وان شكت المرضعة هل أرضعته أم لا أوهل أرضعته خمس رضعات أوأربع رضعات لم يثبت التحريم كما لوشك الزوج هل طلق امرأته أم لا أوهل طلق ثلاثا أوطلقتين

﴿فصل﴾ ويثبت التحريم بالوجور لانه يصل اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من انبات اللحم وانتشار العظم مايحصل بالرضاع ويثبت بالسعوط لانه سبيل لفطر الصائم فكان سبيلا لتحريم الرضاع كالفم وهل يثبت بالحقنة فيه قولان أحدهما يثبت لما ذكرناه فى السعوط والثانى لايثبت لان الرضاع جعل لانبات اللحم وانتشار العظم والحقنة جعلت للاسهال فان ارتضع مرتين وأوجر مرة وأسعط مرة وحقن مرة وقلنا ان الحقنة تحرم يثبت التحريم لانا جعلنا الجميع كالرضاع فى التحريم وكذلك فى اتمام العدد

﴿فصل﴾ وان حلبت لبنا كثيرا فى دفعة واحدة وسقته فى خمسة أوقات فالمنصوص انه رضعة وقال الربيع فيه قول آخر انه خمس رضعات فمن أصحابنا من قال هو من تخريج الربيع ومنهم من قال فيه قولان أحدهما انه خمس رضعات لانه يحصل به مايحصل بخمس رضعات والثانى أنه رضعة وهو الصحيح لان الوجور فرع للرضاع ثم العدد فى الرضاع لايحصل الا بما ينفصل خمس مرات فكذلك فى الوجور وان حلبت خمس مرات وسقته دفعة واحدة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو على قولين كالمسألة قبلها ومنهم من قال هو رضعة قولا واحدا لانه لم يشرب الا مرة وفى المسألة قبلها شرب خمس مرات وان حلبت خمس مرات وجعلتها فى اناء ثم فرقته وسقته خمس مرات ففيه طريقان من أصحابنا من قال يثبت التحريم قولا واحدا لانه تفرق فى الحلب والسقى ومنهم من قال هو على قولين لان التفريق الذى حصل من جهة المرضعة قد بطل حكمه بالجمع فى اناء

﴿فصل﴾ وان جبن اللبن وأطعم الصبى حرم لانه يحصل به مايحصل باللبن من انبات اللحم وانتشار العظم

(قوله الاملاجة والاملاجتان) الاملاج الارضاع يقال ملج الصبى أمه اذا رضعها وامتلج الفصيل مافى الضرع امتصه والملج المص يقال ملج يمج ورجل ملجان ومصان ومصان كل هذا من المص يعنون انه يرضع الغنم للومه (قوله بالوجور) الوجور بالضم ادخال الدواء فى وسط الفم يقال وجرت الصبى وأوجرته بمعنى والوجور بالفتح الدواء نفسه والمدود ادخال الدواء فى شق الفم وجانبيه والسعوط ادخاله فى الانف والحقنة فى الدبر

«فصل» فان خلط اللبن بمائع أو جامد وأطعم الصبي حرم وحكي عن المزني انه قال ان كان اللبن غالبا حرم وان كان مغلوبا لم يحرم لان مع غلبة المخالطة يزول الاسم والمعنى الذي يراد به وهذا خطأ لان ما تعلق به التحريم اذا كان غالبا تعلق به اذا كان مغلوبا كالنجاسة في الماء القليل

«فصل» فان شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم لانه معنى يوجب تحريما مؤبدا فبطل بالموت كالوطء

«فصل» ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة فان شرب طفلان من لبن شاة لم يثبت بينهما حرمة الرضاع لان التحريم بالشرع ولم يرد الشرع الا في لبن الآدمية والبهيمة دون الآدمية في الحرمة ولبنها دون لبن الآدمية في اصلاح البدن فلم يلحق به في التحريم ولان الاخوة فرع على الامومة فاذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة فلأن لا يثبت به الاخوة أولى ولا يثبت التحريم بلبن الرجل وقال الكرابيسي يثبت كما ثبت بلبن المرأة وهذا خطأ لان لبنه لم يجعل غذاء للمولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة وان ثار للخنثى لبن فارتضع منه صبي فان علم انه رجل لم يحرم وان علم انه امرأة حرم فان أشكل فقد قال أبو اسحق ان قال النساء ان هذا اللبن لا يكون على غزارته الا لامرأة حكم بانه امرأة وان لبنه يحرم ومن أصحابنا من قال لا يجعل اللبن دليلا لانه قد يثور اللبن للرجل فعلى هذا يوقف أمر من يرضع بلبنه كما يوقف أمره

«فصل» فان ثار للبكر لبن أو لثيب لا زوج لها فارضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لان لبن النساء غذاء للاطفال فان ثار لبن لمرأة على ولد من الزنا فارضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لان الرضاع تابع للنسب ثم النسب يثبت بينه وبينها ولا يثبت بينه وبين الزاني فكذلك حرمة الرضاع

«فصل» اذا ثار لها لبن على ولد من زوج فطلقها وتزوجت بآخر فاللبن للاول الى ان تحبل من الثاني وينتهي الى حال ينزل اللبن على الحبل فان أرضعت طفلا كان ابنا للاول زاد اللبن أو لم يزد انقطع ثم عاد أو لم ينقطع لانه لم يوجد سبب يوجب حدوث اللبن غير الاول فان بلغ الحمل من الثاني الى حال ينزل فيه اللبن نظرت فان لم يزد اللبن فهو للاول فان أرضعت به طفلا كان ولدا للاول لانه لم يتغير اللبن فان زاد فارتضع به طفل ففيه قولان قال في القديم هو ابنهما لان الظاهر ان الزيادة لاجل الحبل والمرضع به لبنهما فكان ابنهما وقال في الجديد هو ابن الاول لان اللبن للاول يقين ويجوز ان تكون الزيادة لفضل الغذاء ويجوز ان تكون للحمل فلا يزال اليقين بالشك فان انقطع اللبن ثم عاد في الوقت الذي ينزل اللبن على الحبل فارضعت به طفلا ففيه ثلاثة أقوال أحدها انه ابن الاول لان اللبن خلق غذاء للولد دون الحمل والولد للاول فكان المرضع به ابنه والثاني انه من الثاني لان لبن الاول انقطع فالظاهر انه حدث للحمل والحمل للثاني فكان المرضع باللبن ابنه والثالث انه ابنهما لان لكل واحد منهما امارة تدل على ان اللبن له فجعل المرضع باللبن ابنهما فان وضعت الحمل وأرضعت طفلا كان ابنا للثاني في الاحوال كلها زاد اللبن أو لم يزد اتصل أو انقطع ثم عاد لان حاجة المولود الى اللبن تمنع ان يكون اللبن لغيره

«فصل» وان وطئ رجلان امرأة وطأ يلحق به النسب فأتت بولد وأرضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابنا لمن يلحقه نسب الولد لان اللبن تابع للولد فان مات الولد ولم يثبت نسبه بالقافة ولا بالانتساب الى أحدهما فان كان له ولد قام مقامه في الانتساب فاذا انتسب الى أحدهما صار المرضع ولدا لمن انتسب اليه وان لم يكن له ولد ففي المرضع بلبنه قولان أحدهما انه ابنهما لان اللبن قد يكون من الوطء وقد يكون من الولد والقول الثاني انه لا يكون ابنهما لان المرضع تابع للمناسب ولا يجوز ان يكون المناسب ابنا لاثنين فكذلك المرضع فعلى هذا هل يخير المرضع في الانتساب الى أحدهما فيه قولان أحدهما لا يخير لانه لا يعرض على القافة فلا يخير بالانتساب والثاني يخير لان الولد قد يأخذ الشبه بالرضاع

فى الاخلاق ويميل طبعه الى من ارتضع بلبنه ولهذا روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال أنا أفصح العرب ولا فخر بيد أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد وارتضعت فى بنى زهرة ولهذا يقال يحسن خلق الولد اذا حسن خلق المرضعة ويسوء خلقه اذا ساء خلقها فاذا قلنا انه يخير فانتسب الى أحدهما كان ابنه من الرضاعة فاذا قلنا لا يخير فهل له ان يتزوج بنتيهما فيه ثلاثة أوجه أحدها وهو الأصح انه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما لانا وان جهلنا عين الاب منهما الا انا نتحقق ان بنت أحدهما أخته و بنت الآخر أجنبية فلم يجز له نكاح واحدة منهما كما لو اختلطت أخته بأجنبية والثانى انه يجوز ان يتزوج بنت من شاء منهما فاذا تزوجها حرمت عليه الاخرى لان الاصل فى بنت كل واحد منهما الاباحة وهو يشك فى تحريمها واليقين لا يزال بالشك فاذا تزوج احداهما تعينت الاخوة فى الاخرى فحرم نكاحها على التأبيد كما لو اشتبه ماء طاهر وماء نجس فتوضأ باحدهما بالاجتهاد فان النجاسة تتعين فى الآخر ولا يجوز ان يتوضأ به والثالث انه يجوز ان يتزوج بنت كل واحد منهما ثم يطلقها ثم يتزوج الاخرى لان الحظر لا يتعين فى واحدة منهما كما يجوز ان يصلى بالاجتهاد الى جهة ثم يصلى بالاجتهاد الى جهة أخرى ويحرم ان يجمع بينهما لان الحظر يتعين فى الجميع فصار كرجلين رأيا طائرا فقال أحدهما ان كان هذا الطائر غرابا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فعبدى حر فطار ولم يعلم انه غراب ولا غيره فانه لا يعتق على واحد منهما لانفراده بملك مشكوك فيه وان اجتمع العبدان لواحد عتق أحدهما لاجتماعهما فى ملكه

﴿فصل﴾ وان أتت امرأته بولد ونفاه باللعان فارضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابنا للمرأة ولا يكون ابنا للزوج لان الطفل تابع للولد والولد ثابت النسب من المرأة دون الزوج فكذلك الطفل فان أقر بالولد صار الطفل ابناله لانه تابع للولد

﴿فصل﴾ وان كان لرجل خمس أمهات أولاد فثار لهن منه لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى القاسم الانماطى وأبى بكر بن الحداد المصرى انه لا يصير المولى أبا للصبى لانه رضاع لم يثبت به الامومة فلم تثبت به الابوة والثانى وهو قول أبى اسحق وأبى العباس بن القاص انه يصير المولى أبا للصبى وهو الصحيح لانه ارتضع من لبنه خمس رضعات فصار ابناله وان كان لرجل خمس أخوات فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة فهل يصير خالا له على الوجهين

﴿فصل﴾ وان كان لرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن أمه خمس رضعات انفسخ بينهما النكاح لانها صارت أخته وان كانت له زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما لانه لا يجوز أن يكون عنده امرأة وابنتها فان كان له زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة فارضعت احداهما خمس رضعات ثم أرضعت الاخرى خمس رضعات ففيه قولان أحدهما ينفسخ نكاحهما وهو اختيار المزنى لانهما صارتا أختين فانفسخ نكاحهما كما لو ارضعتهما فى وقت واحد والثانى انه ينفسخ نكاح الثانية لان سبب الفسخ حصل بالثانية فاختص نكاحها بالبطلان كما لو تزوج احدى الاختين بعد الاخرى

﴿فصل﴾ ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص انه يلزمه نصف مهر المثل ونص فى الشاهدين بالطلاق اذا رجعا على قولين أحدهما يلزمهما مهر المثل والثانى يلزمهما نصف مهر المثل واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الاصطخرى جوابه من احدى المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجب مهر المثل لانه أتلف البضع فوجب ضمان جميعه والثانى يجب نصف مهر المثل لانه لم يغرم للصغيرة الا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله وقال أبو اسحق يجب فى الرضاع نصف المهر وفى الشهادة

(قوله فى الحديث بيد أنى من قريش) بيد تكون بمعنى غير يقال انه لكثير المال بيد أنه بخيل ومعناها ههنا لاجل أنى من قريش وقال الهروى معناه غير انى من قريش وقيل على انى من قريش ونشأت فى بنى سعد قال الجوهرى يقال نشأت فى بنى فلان نشأة ونشوأ اذا شببت فيهم

يجب الجميع والفرق بينهما أن فى الرضاع وقعت الفرقة ظاهرا وباطنا وتلف البضع عليه وقد رجع اليه بدل النصف فوجب له بدل النصف وفى الشهادة لم يتلف البضع فى الحقيقة وانما حيل بينه وبين ملكه فوجب ضمان جميعه والصحيح طريقة أبى اسحق وعليها التفريع وان كان لرجل زوجة صغيرة فجاء خمسة أنفس وأرضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن أم الزوج أو أخته رضعة وجب على كل واحد منهم خمس نصف المهر لتساويهم فى الاتلاف وان كانوا ثلاثة فأرضعها أحدهم رضعة وأرضعها كل واحد من الآخرين رضعتين ففيه وجهان أحدهما انه يجب على كل واحد منهم ثلث النصف لان كل واحد منهم وجد منه سبب الاتلاف فتساووا فى الضمان كما لو طرح رجل فى خل قدر دانق من نجاسة وآخر قدر درهم والثانى يقسط على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة الخمس من نصف المهر وعلى كل واحد من الآخرين الخمسان لان الفسخ حصل بعدد الرضعات فقسط الضمان عليه

﴿فصل﴾ اذا ارتضعت الصغيرة من أم زوجها خمس رضعات والام نائمة سقط مهرها لان الفرقة قد حصلت بفعلها فسقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بمهر مثلها ولا بنصفه لان الاتلاف من جهة العاقد قبل التسليم لا يوجب غير المسمى فان ارتضعت من أم الزوج رضعتين والام نائمة وارضعتها الام تمام الخمس والزوجة نائمة ففيه وجهان أحدهما أنه يسقط من نصف المسمى نصفه وهو الربع ويجب الربع والثانى يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان ويجب ثلاثة أخماسه ووجههما ما ذكرناه فى المسئلة قبلها وبالله التوفيق

﴿كتاب النفقات﴾

﴿باب نفقة الزوجات﴾

اذا سلمت المرأة نفسها الى زوجها وتمكن من الاستمتاع بها ونقلها الى حيث يريد وهما من أهل الاستمتاع فى نكاح صحيح وجبت نفقتها لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وان امتنعت من تسليم نفسها أو مكنت من استمتاع دون استمتاع أو فى منزل دون منزل أو فى بلد دون بلد لم تجب النفقة لانه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كما لا يجب ثمن المبيع اذا امتنع البائع من تسليم المبيع أو سلم فى موضع دون موضع فان عرضت عليه وبذلت له التمكين التام والنقل الى حيث يريد وهو حاضر وجبت عليه النفقة لانه وجد التمكين التام وان عرضت عليه وهو غائب لم يجب حتى يقدم هو أو وكيله أو يمضى زمان لو أراد المسير لكان يقدر على أخذها لانه لا يوجد التمكين التام الا بذلك وان لم تسلم اليه ولم تعرض عليه حتى مضى على ذلك زمان لم تجب النفقة لان النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق الا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولانه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله كما لا يجب بدل ما تلف من المبيع فى يد البائع قبل التسليم

﴿فصل﴾ وان سلمت الى الزوج أو عرضت عليه وهى صغيرة لا يجامع مثلها ففيه قولان أحدهما تجب النفقة لانها سلمت من غير منع والثانى لا يجب وهو الصحيح لانه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع وان كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان أحدهما لا تجب لانه لم يوجد التمكين من الاستمتاع والثانى تجب وهو الصحيح لان التمكين وجد من جهتها وانما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت الى الزوج وهو كبير فهرب منها وان سلمت وهى مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها أو الزوج مريض أو مجبوب أو حسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة لانه وجد التمكين من الاستمتاع وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه الى التفريط

(قوله قدر دانق) الدانق قيراطان يقال بفتح النون وكسرها

﴿ومن كتاب النفقات﴾ الرتقاء التى انسد فرجها يقال امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها وضده الفتق قال الله تعالى كانتا رتقا ففتقناهما وقد ذكرا

(قوله نحيفة) النحافة الهزال وقد نحف وأنحفه غيره (قوله أو مجبوب أو حسيم) بالحاء أى محسوم الذكر أى لم يخلق له ذكر وقيل هو مقطوعه وقرئ بالجيم وفسر بكبر البطن وقيل عظيم الذكر جدا

﴿فصل﴾ وان سلمت اليه ومكن من الاستمتاع بها في نكاح فاسد لم تجب النفقة لان التمكين لا يصح مع فساد النكاح ولا يستحق ما في مقابلته

﴿فصل﴾ وان انتقلت المرأة من منزل الزوج الى منزل آخر بغير اذنه أو سافرت بغير اذنه سقطت نفقتها حاضرا كان الزوج أو غائبا لانها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة وان سافرت باذنه فان كان معها وجبت النفقة لانها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته وان لم يكن معها ففيه قولان ذكرناهما في القسم

﴿فصل﴾ وان أحرمت بالحج بغير اذنه سقطت نفقتها لانه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب وان كان واجبا فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخي وان أحرمت باذنه فان خرجت معه لم تسقط نفقتها لانها لم تخرج عن طاعته وقبضته وان خرجت وحدها فعلى القولين في سفرها باذنه

﴿فصل﴾ وان منعت نفسها باعتكاف تطوع أو نذر في الذمة سقطت نفقتها لما ذكرناه في الحج وان كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لان الزوج أذن فيه وأسقط حقه فلا يسقط حقها وان كان عن نذر لم يأذن فيه فان كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها لانها منعت حق الزوج بعد وجوبه وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها لان ما استحق قبل النكاح لا حق للزوج في زمانه كما لو أجرت نفسها ثم تزوجت وان اعتكفت باذنه وهو معها لم تسقط نفقتها لانها في قبضته وطاعته وان لم يكن معها فعلى القولين في الحج

﴿فصل﴾ وان منعت نفسها بالصوم فان كان بتطوع ففيه وجهان أحدهما لا تسقط نفقتها لانها في قبضته والثاني وهو الصحيح انها تسقط لانها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة وان منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها لان ما استحق بالشرع لا حق للزوج في زمانه وان منعت نفسها بصوم القضاء قبل ان يضيق وقته أو بصوم كفارة أو نذر في الذمة سقطت نفقتها لانها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور وان كان بنذر معين فان كان النذر باذن الزوج لم تسقط نفقتها لانه لزمها برضاه وان كان بغير اذنه فان كان بنذر بعد النكاح سقطت نفقتها وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط لما ذكرناه في الاعتكاف

﴿فصل﴾ وان منعت نفسها بالصلاة فان كانت بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة لم تسقط نفقتها لان ما ترتب بالشرع لا حق للزوج في زمانه وان كان بقضاء فوائت فان قلنا انها على الفور لم تسقط نفقتها وان قلنا انها على التراخي سقطت نفقتها لما قلنا في قضاء رمضان وان كانت بالصلوات المنذورة فعلى ما ذكرناه في الاعتكاف والصوم

﴿فصل﴾ وان كان الزوجان كافرين وأسلمت المرأة بعد الدخول ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها لانه تعذر الاستمتاع بمعنى من جهته هو قادر على ازالته فلم تسقط نفقتها كالمسلم اذا غاب عن زوجته وقال أبو علي بن خيران فيه قول آخر انها تسقط لانه امتنع الاستمتاع لمعنى من جهتها فسقطت نفقتها كما لو أحرمت المسلمة من غير اذن الزوج والصحيح هو الاول لان الحج فرض موسع الوقت والاسلام فرض مضيق الوقت فلا تسقط النفقة كصوم رمضان وان أسلم الزوج بعد الدخول وهي مجوسية أو وثنية وتخلفت في الشرك سقطت نفقتها لانها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة وان أسلمت قبل انقضاء العدة فهل تستحق النفقة للمدة التي تخلفت في الشرك فيه قولان أحدهما تستحق لان بالاسلام زال ما تشعث من النكاح فصار كأن لم يكن والقول الثاني أنها لا تستحق لانه تعذر

التمكين من الاستمتاع فيما مضى فلم تستحق النفقة كالناشزة اذا رجعت الى الطاعة وان ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها لان امتناع الوطء بسبب من جهته وهو قادر على ازالته فلم تسقط النفقة وان ارتدت المرأة سقطت نفقتها لانها امتنعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة فان عادت الى الاسلام قبل انقضاء العدة فهل تجب نفقة مامضى فى الردة فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة اذا تخلفت فى الشرك ثم أسلمت ومنهم من قال لا تجب قولا واحدا والفرق بينها وبين الكافرة ان الكافرة لم يحدث من جهتها منع بل أقامت على دينها والمرتدة أحدثت منعا بالردة فغلظ عليها وان ارتدت الزوجة وعادت الى الاسلام والزوج غائب استحقت النفقة من حين عادت الى الاسلام وان نشزت الزوجة وعادت الى الطاعة والزوج غائب لم تستحق النفقة حتى يمضى زمان لو سافر فيه لقدر على استمتاعها والفرق بينهما ان المرتدة سقطت نفقتها بالردة وقد زالت بالاسلام والناشزة سقطت نفقتها بالمنع من التمكين وذلك لا يزول بالعود الى الطاعة

﴿فصل﴾ وان كانت الزوجة أمة فسلمها المولى بالليل والنهار وجبت لها النفقة لوجود التمكين التام وان سلمها بالليل دون النهار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه يجب لها نصف النفقة اعتبارا بما سلمت والثانى وهو قول أبى اسحاق وظاهر المذهب انه لا تجب لانه لم يوجد التمكين التام فلم يجب لها شئ من النفقة كالحرة اذا سلمت نفسها بالليل دون النهار والله أعلم

﴿ باب قدر النفقة ﴾

اذا كان الزوج موسرا وهو الذى يقدر على النفقة بماله وكسبه لزمه فى كل يوم مدان وان كان معسرا وهو الذى لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه فى كل يوم مد لقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ففرق بين الموسر والمعسر وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار فوجب تقديره بالاجتهاد وأشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام فى الكفارة لانه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة وأكثر ما يجب فى الكفارة للمسكين مدان فى فدية الاذى وأقل ما يجب مد وهو فى كفارة الجماع فى رمضان فان كان متوسطا لزمه مد ونصف لانه لا يمكن الحاقه بالموسر وهو دونه ولا بالمعسر وهو فوقه فجعل عليه مد ونصف وان كان الزوج عبدا أو مكاتبا وجب عليه مد لانه ليس باحسن حالا من الحر المعسر فلا يجب عليه أكثر من مد وان كان نصفه حرا ونصفه عبدا وجب عليه نفقة المعسر وقال المزنى ان كان موسرا بما فيه من الحرية وجب عليه مد ونصف لانه اجتمع فيه الرق والحرية فوجب عليه نصف نفقة الموسر وهو مد ونصف نفقة المعسر وهو نصف مد وهذا خطأ لانه ناقص بالرق فلزمه نفقة المعسر كالعبد

﴿فصل﴾ وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله صلى الله عليه وسلم ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعروف ما يقتاته الناس فى البلد ويجب لها الحب فان دفع اليها سويقا أو دقيقا أو خبزا لم يلزمها قبوله لانه طعام وجب بالشرع فكان الواجب فيه هو الحب كالطعام فى الكفارة وان اتفقا على دفع العوض ففيه وجهان أحدهما لا يجوز لانه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يجز أخذ العوض فيه كالطعام فى الكفارة والثانى يجوز وهو الصحيح لانه طعام يستقر فى الذمة للآدمى فجاز أخذ العوض فيه كالطعام فى القرض ويخالف الطعام فى الكفارة فان ذلك يجب لحق الله تعالى ولم يأذن فى أخذ العوض عنه والنفقة تجب لحقها وقد رضيت بأخذ العوض

﴿فصل﴾ ويجب لها الادم بقدر ما يحتاج اليه من ادم البلد من الزيت والشيرج والسمن واللحم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال من أوسط ما تطعمون أهليكم الخبز والزيت وعن ابن

(قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه) أى قتر يقال قدر وقتر بمعنى وقيل معناه ضيق عليه وهما متقاربان

عمر رضى الله عنه أنه قال الخبز والزيت والخبز والسمن والخبز والتمر ومن أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم ولان ذلك من النفقة بالمعروف

﴿فصل﴾ ويجب لها ما تحتاج اليه من المشط والسدر والدهن للرأس وأجرة الحمام ان كان عادتها دخول الحمام لان ذلك يراد للتنظيف فوجب عليه كما يجب على المستأجر كنس الدار وتنظيفها وأما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج لم يلزمه وان طلبه منها لزمه ثمنه لانه للزينة وأما الأدوية وأجرة الطبيب والحجام فلا تجب عليه لانه ليس من النفقة الثابتة وانما يحتاج اليه لعارض ولانه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر اصلاح ما انهدم من الدار وأما الطيب فانه ان كان يراد لقطع السهوكة لزمه لانه يراد للتنظيف وان كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لان الاستمتاع حق له فلا يجبر عليه

﴿فصل﴾ ويجب لها الكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولحديث جابر ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولانه يحتاج اليه لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة ويجب لامرأة الموسر من مرتفع ما يلبس فى البلد من القطن والكتان والخز والابريسم ولامرأة المعسر من غليظ القطن والكتان ولامرأة المتوسط ما بينهما وأقل ما يجب قميص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل وان كان فى الشتاء أضاف اليه جبة لان ذلك من الكسوة بالمعروف

﴿فصل﴾ ويجب لها ملحفة أو كساء ووسادة ومضربة محشوة للنوم وزلية أو لبد أو حصير للنهار ويكون ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ولامرأة المعسر من غير المرتفع ولامرأة المتوسط ما بينهما لان ذلك من المعروف

﴿فصل﴾ ويجب لها مسكن لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن ولانها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيوب والتصرف والاستمتاع ويكون المسكن على قدر يساره واعساره وتوسطه كما قلنا فى النفقة

﴿فصل﴾ وان كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها بأن تكون من ذوات الاقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله عز وجل وعاشروهن بالمعروف ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لان المستحق خدمتها فى نفسها وذلك يحصل بخادم واحد ولا يجوز أن يكون الخادم الا امرأة أو ذا رحم محرم وهل يجوز أن يكون من اليهود والنصارى فيه وجهان أحدهما أنه يجوز لانهم يصلحون للخدمة والثانى لا يجوز لان النفس تعاف من استخدامهم وان قالت المرأة أنا أخدم نفسى وآخذ أجرة الخادم لم يجبر الزوج عليه لان القصد بالخدمة ترفيهها وتوفيرها على حقه وذلك لا يحصل بخدمتها وان قال الزوج أنا أخدمها بنفسى ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحاق انه يلزمها الرضا به لانه تقع الكفاية بخدمته والثانى لا يلزمها الرضا به لانها تحتشمه ولا تستوفى حقها من الخدمة

﴿فصل﴾ وان كان الخادم مملوكا لها واتفقا على خدمته لزمه نفقته فان كان موسرا لزمه للخادم مد وثلث من قوت البلد وان كان متوسطا أو معسرا لزمه مد لانه لا تقع الكفاية بما دونه وفى ادمه وجهان أحدهما انه يجب من نوع ادمها كما يجب الطعام من جنس طعامها والثانى انه يجب من دون ادمها وهو المنصوص لان العرف فى الادم أن يكون من دون ادمها وفى الطعام العرف أن يكون من جنس طعامها ويجب لخادم كل زوجة من الكسوة والفراش والدثار دون ما يجب للزوجة ولا يجب له السراويل ولا يجب له المشط والسدر والدهن للرأس لان ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة وان كانت خادمة تخرج للحاجات وجب لها خف لحاجتها الى الخروج

(قوله لقطع السهوكة) هى الرائحة الكريهة وأصله ريح السمك ضد الحديد يقال بدا سهكه من ذلك (قوله الخز) جنس من الثياب لحمته صوف وسداه ابريسم (قوله وزلية) الزلية بكسر الزاى وتشديد اللام بساط عراقى نحو الطنفسة والدثار الثوب الذى يتدفأ به

﴿فصل﴾ ويجب أن يدفع اليها نفقة كل يوم اذا طلعت الشمس لانه أول وقت الحاجة ويجب أن يدفع اليها الكسوة فى كل ستة أشهر لان العرف فى الكسوة أن تبدل فى هذه المدة فان دفع اليها الكسوة فبليت فى أقل من هذا القدر لم يجب عليه بدلها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم اذا نفذ قبل انقضاء اليوم وان انقضت المدة والكسوة باقية ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه تجديدها لان الكسوة مقدرة بالكفاية وهى مكفية والثانى يلزمه تجديدها وهو الصحيح كما يلزمه الطعام فى كل يوم وان بقى عندها طعام اليوم الذى قبله ولان الاعتبار بالمدة لا بالكفاية بدليل انها لو تلفت قبل انقضاء المدة لم يلزمه تجديدها والمدة قد انقضت فوجب التجديد وأما ما يبقى سنة فأكثر كالبسط والفراش وجبة الخز والابريسم فلا يجب تجديدها فى كل فصل لان العادة أن لا تجدد فى كل فصل

﴿فصل﴾ وان دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه لم يرجع بما بقى لانه دفع ما يستحق دفعه وان سلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها فله أن يرجع فى نفقة ما بعد اليوم الذى بانت فيه لانه غير مستحق وان دفع اليها كسوة الشتاء أو الصيف فبانت قبل انقضائه ففيه وجهان احدهما له أن يرجع لانه دفع لزمان مستقبل فاذا طرأ ما يمنع الاستحقاق ثبت له الرجوع كما لو أسلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها والثانى لا يرجع لانه دفع ما يستحق دفعه فلم يرجع به كما لو دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه

﴿فصل﴾ وان قبضت كسوة فصل وأرادت بيعها لم تمنع منه وقال أبو بكر بن الحداد المصرى لا يجوز وقال ابو الحسن الماوردى البصرى ان أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز لان للزوج حظا فى جمالها وعليه ضرر فى نقصان جمالها والاول أظهر لانه عوض مستحق فلم تمنع من التصرف فيه كالمهر وان قبضت النفقة وأرادت أن تبيعها أو تبدلها بغيرها لم تمنع منه ومن أصحابنا من قال ان أبدلتها بما يستضر بأكله كان للزوج منعها لما عليه من الضرر فى الاستمتاع بمرضها والمذهب الاول لما ذكرناه فى الكسوة والضرر فى الاكل لا يتحقق فلا يجوز المنع منه

﴿ باب الاعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها ﴾

اذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح لما روى أبو هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما ولانه اذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل فلان يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى وان أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لان البدن لا يقوم بما دون المد وان أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ لان ما زاد غير مستحق مع الاعسار وان أعسر بالادم لم يثبت لها الفسخ لان البدن يقوم بالطعام من غير ادم وان أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لان البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت وان أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ لان النفس تقوم بغير خادم وان أعسر بالمسكن ففيه وجهان أحدهما يثبت لها الفسخ لانه يلحقها الضرر لعدم المسكن والثانى لا يثبت لانها لا تعدم موضعا تسكن فيه

﴿فصل﴾ وان لم يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفسخ لانه لا يلزمه فى كل يوم أكثر من نفقة يوم وان وجد فى أول النهار ما يغديها وفى آخره ما يعشيها ففيه وجهان أحدهما لها الفسخ لان نفقة اليوم لا تتبعض والثانى ليس لها الفسخ لانها تصل الى كفايتها وان كان يجد يوما قدر الكفاية ولا يجد يوما ثبت لها الفسخ لانه لا يحصل لها فى كل يوم الا بعض النفقة وان كان نساجا ينسج فى كل أسبوع ثوبا تكفيه أجرته الاسبوع أو صانعا يعمل فى كل ثلاثة أيام تكة يكفيه ثمنها ثلاثة أيام لم يثبت لها الفسخ لانه يقدر أن يستقرض هذه المدة ما ينفقه فلا تنقطع به النفقة وان كانت نفقته فى عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت فان كان مرضا يرجى زواله فى اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ لانه يمكنها أن تستقرض

ما تنفقه ثم تقضيه وان كان مرضا مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لانه يلحقها الضرر لعدم النفقة وان كان له مال غائب فان كان فى مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يجز لها الفسخ وان كان فى مسافة تقصر فيها الصلاة ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ لان يسار الغريم كيساره واعساره كاعساره فى تيسير النفقة وتعسيرها

﴿فصل﴾ وان كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق لم يثبت لها الفسخ لانه يمكن الاستيفاء بالحاكم وان غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ لان الفسخ يثبت بالعيب بالاعسار ولم يثبت الاعسار ومن أصحابنا من ذكر فيه وجها آخر أنه يثبت لها الفسخ لان تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار

﴿فصل﴾ اذا ثبت لها الفسخ بالاعسار واختارت المقام معه ثبت لها فى ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والادم والكسوة ونفقة الخادم فاذا أيسر طولب بها لانها حقوق واجبة عجز عن أدائها فاذا اقدر طولب بها كسائر الديون ولا يثبت لها فى الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر لانه غير مستحق

﴿فصل﴾ وان اختارت المقام بعد الاعسار لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ولها أن تخرج من منزله لان التمكين فى مقابلة النفقة فلا يجب مع عدمها وان اختارت المقام معه على الاعسار ثم عن لها أن تفسخ فلها أن تفسخ لان النفقة يتجدد وجوبها فى كل يوم فتجدد حق الفسخ وان تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ لان حق الفسخ يتجدد بالاعسار بتجدد النفقة

﴿فصل﴾ وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ الا بالحاكم لانه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين وفى وقت الفسخ قولان أحدهما ان لها الفسخ فى الحال لانه فسخ لتعذر العوض فثبت فى الحال كفسخ البيع بافلاس المشترى بالثمن والثانى انه يمهل ثلاثة أيام لانه قد لا يقدر فى اليوم ويقدر فى غد ولا يمكن امهاله أبدا لانه يؤدى الى الاضرار بالمرأة والثلاث فى حد القلة فوجب امهاله وعلى هذا لها أن تخرج فى هذه الايام من منزل الزوج لانها لا يلزمها التمكين من غير نفقة

﴿فصل﴾ اذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة صارت النفقة دينا فى ذمته ولا تسقط بمضى الزمان لانه مال يجب على سبيل البدل فى عقد معاوضة فلا يسقط بمضى الزمان كالثمن والاجرة والمهر ويصح ضمان ما استقر منها بمضى الزمان كما يصح ضمان سائر الديون وهل يصح ضمانها قبل استقرارها بمضى الزمان فيه قولان بناء على القولين فى النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين فيه قولان قال فى الجديد تجب بالتمكين وهو الصحيح لانها لو وجبت بالعقد لملكت المطالبة بالجميع كالمهر والاجرة وعلى هذا لا يصح ضمانها لانه ضمان ما لم يجب وقال فى القديم تجب بالعقد لانها فى مقابلة الاستمتاع والاستمتاع يجب بالعقد فكذلك النفقة وعلى هذا يصح أن يضمن منها نفقة موصوفة لمدة معلومة

﴿فصل﴾ اذا اختلف الزوجان فى قبض النفقة فادعى الزوج أنها قبضت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها لقوله عليه السلام اليمين على المدعى عليه ولان الاصل عدم القبض وان مضت مدة لم ينفق فيها وادعت الزوجة انه كان موسرا فيلزمه نفقة الموسر وادعى الزوج انه كان معسرا فلا يلزمه الا نفقة المعسر نظرت فان عرف له مال فالقول قولها لان الاصل بقاؤه وان لم يعرف له مال قبل ذلك فالقول قوله لان الاصل عدم المال وان اختلفا فى التمكين فادعت المرأة أنها مكنت وأنكر الزوج فالقول قوله لان الأصل عدم التمكين وبراءة الذمة من النفقة وان طلق زوجته طلقة رجعية وهى حامل

(قوله ثم عن لها أن تفسخ) أى ظهر لها رأى واعترض

فوضعت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة لك على وقالت المرأة بل طلقتنى بعد الوضع فلك على الرجعة ولى عليك النفقة فالقول قول الزوج انه لا رجعة لى عليك لانه حق له فقبل اقراره فيه والقول قول المرأة فى وجوب العدة لانه حق عليها فكان القول قولها والقول قولها مع يمينها فى وجوب النفقة لان الاصل بقاؤها والله أعلم

باب نفقة المعتدة

اذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعيا وجب لها السكنى والنفقة فى العدة لان الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود فان طلقها طلاقا بائنا وجب لها السكنى فى العدة حائلا كانت أو حاملا لقوله عز وجل اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب وان كانت حاملا وجبت لقوله عز وجل وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فأوجب النفقة مع الحمل فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل وهل تجب النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل فيه قولان قال فى القديم تجب للحمل لانها تجب بوجوده وتسقط بعدمه وقال فى الأم تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح لانها لو وجبت للحمل لتقدرت بكفايته وذلك يحصل بما دون المد فان قلنا تجب للحمل لم تجب الا على من تجب عليه نفقة الولد فان كانت الزوجة أمة والزوج حر اوجبت نفقتها على مولاها لان الولد مملوك له وان قلنا تجب النفقة للحامل وجبت على الزوج لان نفقتها تجب عليه وان كان الزوج عبدا وقلنا ان النفقة للحامل وجبت عليه وان قلنا تجب للحمل لم تجب لان العبد لا يلزمه نفقة ولده

﴿فصل﴾ اذا وجبت النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل ففى وجوب الدفع قولان أحدهما لا يجب الدفع حتى تضع الحمل لجواز أن يكون ريحا فانفش فلا يجب الدفع مع الشك والثانى يجب الدفع يوما بيوم لان الظاهر وجود الحمل ولانه جعل كالمتحقق فى منع النكاح وفسخ البيع فى الجارية المبيعة والمنع من الاخذ فى الزكاة ووجوب الدفع فى الدية فجعل كالمتحقق فى دفع النفقة فان دفع اليها ثم بان انه لم يكن بها حمل فان قلنا تجب يوما بيوم فله أن يرجع عليها لانه دفعها على أنها واجبة وقد بان أنها لم تجب فثبت له الرجوع وان قلنا انها لا تجب الا بالوضع فان دفعها بأمر الحاكم فله أن يرجع لانه اذا أمره الحاكم لزمه الدفع فثبت له الرجوع وان دفع من غير أمره فان شرط ان ذلك عن نفقتها ان كانت حاملا فله أن يرجع لانه دفع عما يجب وقد بان أنه لم يجب وان لم يشترط لم يرجع لان الظاهر أنه متبرع

(قوله ريحا فانفش) يقال انفشت الريح خرجت من الزق ونحوه

﴿فصل﴾ فان تزوج امرأة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب وجب لها السكنى فى العدة وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب وان كانت حاملا وجبت لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فكان حكمها فى النفقة والسكنى ما ذكرناه كالمطلقة وان لاعنها بعد الدخول فان لم ينف الحمل وجبت النفقة وان نفى الحمل لم تجب النفقة لان النفقة تجب فى أحد القولين للحمل والثانى تجب لها بسبب الحمل والحمل منفى عنه فلم تجب بسببه نفقة وأما السكنى ففيها وجهان أحدهما تجب لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فوجب لها السكنى كالمطلقة والثانى لا تجب لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن لا تثبت لها من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها ولانها لم تحصن ماءه فلم يلزمه سكناها

﴿فصل﴾ وان نكح امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى لانها اذا لم تجب مع قيام الفراش واجتماعهما على النكاح فلان لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى وأما النفقة

فانها

فانها ان كانت حائلا لم تجب لانها اذا لم تجب فى العدة عن نكاح صحيح فلان لا تجب فى العدة عن النكاح الفاسد أولى وان كانت حاملا فعلى القولين ان قلنا ان النفقة للحامل لم تجب لان حرمتها فى النكاح الفاسد غير كاملة وان قلنا انها تجب للحمل وجبت لان الحمل فى النكاح الفاسد كالحمل فى النكاح الصحيح

﴿فصل﴾ وان كانت الزوجة معتدة عن الوفاة لم تجب لها النفقة لان النفقة انما تجب للتمكن من الاستمتاع وقد زال التمكين بالموت أو بسبب الحمل والميت لا يستحق عليه حق لاجل الولد وهل تجب لها السكنى فيه قولان احدهما لا تجب وهو اختيار المزنى لانه حق يجب يوما بيوم فلم تجب فى عدة الوفاة كالنفقة والثانى تجب لما روت فريعة بنت مالك ان النبى صلى الله عليه وسلم قال اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرا ولانها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة

﴿فصل﴾ اذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة لانها محبوسة عليه فى بيته فان طلبت الفرقة بعد أربع سنين ففرق الحاكم بينهما فان قلنا بقوله القديم ان التفريق صحيح فهى كالمتوفى عنها زوجها لانها معتدة عن وفاة فلا تجب لها النفقة وفى السكنى قولان فان رجع الزوج فان قلنا تسلم اليه عادت الى نفقته فى المستقبل وان قلنا لا تسلم اليه لم يكن لها عليه نفقة فان قلنا بقوله الجديد وان التفريق باطل فلها النفقة فى مدة التربص ومدة العدة لانها محبوسة عليه فى بيته وان تزوجت سقطت نفقتها لانها صارت كالناشزة وان لم يرجع الزوج ورجعت الى بيتها وقعدت فيه فان قلنا بقوله القديم لم تعد النفقة وان قلنا بقوله الجديد فهل تعود نفقتها بعودها الى البيت فيه وجهان احدهما تعود لانها سقطت بنشوزها فعادت بعودها والثانى لا تعود لان التسليم الاول قد بطل فلا تعود الا بتسليم مستأنف كما ان الوديعة اذا تعدى فيها ثم ردها الى المكان لم تعد الامانة ومن أصحابنا من قال ان كان الحاكم فرق بينهما وأمرها بالاعتداد واعتدت وفارقت البيت ثم عادت اليه لم تعد نفقتها لان التسليم الاول قد بطل بحكم الحاكم وان كانت تربصت فاعتدت ثم فارقت البيت ثم عادت اليه عادت النفقة لان التسليم الاول لم يبطل من غير حكم الحاكم والله أعلم

﴿ باب نفقة الاقارب والرقيق والبهائم ﴾

والقرابة التى تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وان علوا وقرابة الاولاد وان سفلوا فتجب على الولد نفقة الاب والام والدليل عليه قوله تعالى وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا ومن الاحسان أن ينفق عليهما وروت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ويجب عليه نفقة الاجداد والجدات لان اسم الوالدين يقع على الجميع والدليل عليه قوله تعالى ملة أبيكم ابراهيم فسمى الله تعالى ابراهيم أبا وهو جد ولان الجد كالاب والجدة كالام فى أحكام الولادة من رد الشهادة وغيرها وكذلك فى ايجاب النفقة ويجب على الاب نفقة الولد لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله عندى دينار فقال أنفقه على نفسك قال عندى آخر قال أنفقه على ولدك قال عندى آخر فقال انفقه على أهلك قال عندى آخر قال انفقه على خادمك قال عندى آخر قال أنت أعلم به ويجب عليه نفقة ولد الولد وان سفل لان اسم الولد يقع عليه والدليل عليه قوله عز وجل يابنى آدم وتجب على الام نفقة الولد لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولانه اذا وجبت على الاب وولادته من جهة الظاهر فلأن تجب على الام وولادتها من جهة القطع أولى وتجب عليها نفقة ولد الولد لما ذكرناه فى الاب

(قوله وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا) قضى أى أمر وحكم والاحسان هو ضد الاساءة والقبيح (قوله لا تضار والدة بولدها) يجوز ان يكون معناه لا تضارر على تفاعل وهو ان ينزع ولدها منها ويدفع الى مرضعة أخرى ويجوز ان يكون معناه لا تضار الام الاب فلا ترضعه

ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الاقارب كالاخوة والاعمام وغيرهما لان الشرع ورد بايجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكام الولادة فلم يلحق بهم في وجوب النفقة

﴿فصل﴾ ولا تجب نفقة القريب الا على موسر أو مكتسب يفضل عن حاجته ما ينفق على قريبه وأما من لا يفضل عن نفقته شيء فلا تجب عليه لما روى جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان كان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته فان لم يكن فضل غير ما ينفق على زوجته لم يلزمه نفقة القريب لحديث جابر رضي الله عنه ولان نفقة القريب مواساة ونفقة الزوجة عوض فقدمت على المواساة ولان نفقه الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه

﴿فصل﴾ ولا يستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة فان كان موسرا لم يستحق لانها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة وان كان معسرا عاجزا عن الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة استحق النفقة على قريبه لانه محتاج لعدم المال وعدم الكسب وان كان قادرا على الكسب بالصحة والقوة فان كان من الوالدين ففيه قولان أحدهما يستحق لانه محتاج فاستحق النفقة على القريب كالزمن والثاني لا يستحق لان القوة كاليسار ولهذا سوّى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما في تحريم الزكاة فقال لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة قوي وان كان من المولودين ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين ومنهم من قال لا يستحق قولا واحدا لان حرمة الوالد آكد فاستحق بها مع القوة وحرمة الولد أضعف فلم يستحق بها مع القوة

﴿فصل﴾ فان كان للذي يستحق النفقة أب وجد أو جد وأبو جد وهما موسران كانت النفقة على الاقرب منهما لانه أحق بالمواساة من الابعد وان كان له أب وابن موسران ففيه وجهان أحدهما أن النفقة على الأب لان وجوب النفقة عليه منصوص عليه وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ووجوبها على الولد ثبت بالاجتهاد والثاني أنهما سواء لتساويهما في القرب والذكورية وان كان له أب وأم موسران كانت النفقة على الاب لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فجعل أجرة الرضاع على الاب وروت عائشة رضي الله عنها أن هندا أم معاوية جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه سرا وهو لا يعلم فهل علي في ذلك من شيء فقال النبي صلى الله عليه وسلم خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان الاب ساوى الام في الولادة وانفرد بالتعصيب فقدم وان كان له أم وجد أبو الاب وهما موسران فالنفقة على الجد لان له ولادة وتعصيبا فقدم على الام كالاب وان كانت له بنت وابن بنت ففيه قولان أحدهما أن النفقة على البنت لانها أقرب والثاني أنها على ابن البنت لانه أقوى وأقدر على النفقة بالذكورية وان كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على ابن الابن لان له ولادة وتعصيبا فقدم كما قدم الجد على الام وان كان له أم وبنت كانت النفقة على البنت لان للبنت تعصيبا وليس للام تعصيب وان كان له أم أم وأبو أم فهما سواء لانهما يتساويان في القرب وعدم التعصيب وان كان له أم أم وأم أب ففيه وجهان أحدهما أنهما سواء لتساويهما في الدرجة والثاني أن النفقة على أم الاب لانها تدلي بالعصبة

﴿فصل﴾ وان كان الذي تجب عليه النفقة يقدر على نفقة قريب واحد وله أب وأم يستحقان النفقة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أن الام أحق لما روى أن رجلا قال يا رسول الله من أبر قال أمك قال ثم من

(قوله فان كان فضل فعلى عياله) الفضل الزيادة والعيال ههنا الزوجة (قوله ذي مرة قوي) المرة القوة والعقل ومنه قوله تعالى ذو مرة فاستوى يعني جبريل عليه السلام ورجل ممر قوي شديد

قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ولانها تساوى الاب فى الولادة وتنفرد بالحمل والوضع والرضاع والتربية والثانى أن الاب أحق لانه يساويها فى الولادة وينفرد بالتعصيب ولانهما لو كانا موسرين والابن معسرا قدم الاب فى وجوب النفقة عليها فقدم فى النفقة له والثالث أنهما سواء لان النفقة بالقرابة لا بالتعصيب وهما فى القرابة سواء وان كان له أب وابن ففيه وجهان أحدهما أن الابن أحق لان نفقته ثبتت بنص الكتاب والثانى أن الأب أحق لان حرمته آكد ولهذا لا يقاد بالابن ويقاد به الابن وان كان له ابن وابن ابن أو أب وجد ففيه وجهان أحدهما أن الابن أحق من ابن الابن والاب أحق من الجد لانهما أقرب ولانهما لو كانا موسرين وهو معسر كانت نفقته على أقربهما فكذلك فى نفقته عليهما والثانى أنهما سواء لان النفقة بالقرابة ولهذا لا يسقط أحدهما بالآخر اذا قدر على نفقتهما

﴿فصل﴾ ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة وجبت نفقته على قدر الكفاية لانها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية وان احتاج الى من يخدمه وجبت نفقة خادمه وان كانت له زوجة وجبت نفقة زوجته لان ذلك من تمام الكفاية وان مضت مدة ولم ينفق على من تلزمه نفقته من الاقارب لم يصر دينا عليه لانها وجبت عليه لتزجية الوقت ودفع الحاجة وقد زالت الحاجة لما مضى فسقطت

﴿فصل﴾ وان كان له أب فقير مجنونا أو فقير زمنا واحتاج الى الاعفاف وجب على الولد اعفافه على المنصوص وخرج أبو على بن خيران قولا آخر أنه لا يجب لانه قريب يستحق النفقة فلا يستحق الاعفاف كالابن والمذهب الاول لانه معنى يحتاج الاب اليه ويلحقه الضرر بفقده فوجب كالنفقة وان كان صحيحا قويا وقلنا انه تجب نفقته وجب اعفافه وان قلنا لا تجب نفقته ففى اعفافه وجهان أحدهما لا يجب لانه لا تجب نفقته فلا يجب اعفافه والثانى وهو قول أبى اسحق أنه يجب اعفافه لان نفقته ان لم تجب على القريب أنفق عليه من بيت المال والاعفاف لا يجب فى بيت المال فوجب على القريب ومن وجب عليه الاعفاف فهو بالخيار بين أن يزوجه بحرة وبين أن يسريه بجارية ولا يجوز أن يزوجه بأمة لانه بالاعفاف يستغنى عن نكاح الامة ولا يعفه بعجوز ولا قبيحة لان الاصل من العفة هو الاستمتاع ولا يحصل ذلك بالعجوز ولا القبيحة فان زوجه بحرة أو سراه بجارية ثم استغنى لم يلزمه مفارقة الحرة ولا رد الجارية لان ما استحق للحاجة لم يجب رده بزوال الحاجة كما لو قبض نفقة يوم ثم أيسر وان أعفه بحرة فطلقها أو سراه بجارية فأعتقها لم يجب عليه بدلها لان ذلك مواساة لدفع الضرر فلو أوجبنا البدل خرج من حد المواساة وأدى الى الضرر والضرر لا يزال بالضرر وان ماتت عنده ففيه وجهان أحدهما لا يجب البدل لانه يخرج عن حد المواساة والثانى يجب لانه زال ملكه عنها بغير تفريط فوجب بدله كما لو دفع اليه نفقة يوم فسرقت منه

﴿فصل﴾ وان احتاج الولد الى الرضاع وجب على القريب ارضاعه لان الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولا يجب الا فى حولين كاملين لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فان كان الولد من زوجته وامتنعت من الارضاع لم تجبر وقال أبو ثور تجبر لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذا خطأ لانها اذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع وان أرادت ارضاعه كره للزوج منعها لان لبنها أوفق له وان أراد منعها منه كان له ذلك لانه يستحق الاستمتاع بها فى كل وقت الا فى وقت العبادة فلا يجوز لها تفويته عليه بالرضاع وان رضيا بارضاعه فهل تلزمه زيادة على نفقتها فيه وجهان أحدهما تلزمه وهو قول أبى سعيد وأبى اسحق لانها تحتاج فى حال الرضاع الى أكثر مما تحتاج فى غيره

(قوله لتزجية الوقت) زجيت الشئ تزجية اذا دفعته برفق وتزجيت بكذا اكتفيت به وبضاعة مزجاة قليلة (قوله وجب على الولد اعفافه) يقال عف عن الحرام يعف عفا وعفافا وعفافة أى كف فهو عف وعفيف

والثانى لاتلزمه الزيادة على نفقتها فى النفقة لان نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها كما لا تجب الزيادة فى نفقة الاكولة لحاجتها وان أرادت ارضاعه بأجرة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمة الله عليه لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة فلا يجوز أن تأخذ بدلا آخر والثانى أنه يجوز لانه عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة فجاز أخذ الاجرة عليه قبل البينونة كالنسج وان بانت لم يملك اجبارها على ارضاعه كما لا يملك قبل البينونة فان طلبت أجرة المثل على الرضاع ولم يكن للاب من يرضع بدون الاجرة كانت الام أحق به لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وان طلبت أكثر من أجرة المثل جاز انتزاعه منها وتسليمه الى غيرها لقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولان ما يوجد بأكثر من عوض المثل كالمعدوم ولهذا لو وجد الماء بأكثر من ثمن المثل جعل كالمعدوم فى الانتقال الى التيمم فكذلك ههنا وان طلبت أجرة المثل وللاب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل ففيه قولان أحدهما أن الام أحق بأجرة المثل لان الرضاع لحق الولد ولان لبن الام أصلح له وأنفع وقد رضيت بعوض المثل فكانت أحق والثانى أن الاب أحق لان الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولو وجد الكبير من يتبرع بنفقته لم يستحق على الاب النفقة فكذلك اذا وجد من يتبرع بارضاعه لم تستحق على الاب أجرة الرضاع وان ادعت المرأة أن الاب لا يجد غيرها فالقول قول الاب لانها تدعى استحقاق أجرة المثل والاصل عدمه

﴿فصل﴾ ويجب على المولى نفقة عبده وأمته وكسوتهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل الا ما يطيق ويجب عليه نفقته من قوت البلد لانه هو المتعارف فان تولى طعامه استحب أن يطعمه منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم اذا جاء أحدكم خادمه بطعامه فليجلسه معه فان لم يجلسه معه فليناوله أكلة أو أكلتين فانه تولى علاجه وحره فان كانت له جارية للتسرى استحب أن تكون كسوتها أعلى من كسوة جارية الخدمة لان العرف أن تكون كسوتها أعلى فوق كسوة جارية الخدمة

﴿فصل﴾ ولا يكلف عبده وأمته من الخدمة ما لا يطيقان لقوله صلى الله عليه وسلم ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق ولا يسترضع الجارية الا ما فضل عن ولدها لان فى ذلك اضرارا بولدها وان كان لعبده زوجة أذن له فى الاستمتاع بالليل لان اذنه بالنكاح يتضمن الاذن فى الاستمتاع بالليل وان مرض العبد والامة أو عميا أو زمنا لزمه نفقتهما لان نفقتهما بالملك ولهذا تجب مع الصغر فوجبت مع العمى والزمانة ولا يجوز أن يجبر عبده على المخارجة لانه معاوضة فلم يملك اجباره عليها كالكتابة وان طلب العبد ذلك لم يجبر المولى كما لا يجبر اذا طلب الكتابة فان اتفقا عليها وله كسب جاز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حجمه أبو طيبة فاعطاه أجره وسأل مواليه أن يخففوا من خراجه وان لم يكن له كسب لم يجز لانه لا يقدر على أن يدفع اليه من جهة تحل فلم يجز

﴿فصل﴾ ومن ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عذبت امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعا فدخلت فيها النار فقيل لها والله أعلم لا أنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ولا أنت أرسلتها حتى تأكل من خشاش الارض حتى ماتت جوعا ولا يجوز له أن يحمل عليها ما لا تطيق لان النبى صلى الله عليه وسلم منع أن يكلف العبد ما لا يطيق فوجب أن تكون البهيمة مثله ولا يحلب من لبنها الا ما يفضل عن ولدها لانه غذاء للولد فلا يجوز منعه

(قوله أكلة أو أكلتين) الاكلة بالضم اللقمة والاكلة بالفتح فى غير هذه المرة الواحدة (قوله ولى علاجه وحره) عالجت الشئ معالجة وعلاجا اذا زاولته وعانيته وحره تعبه ومشقته (قوله من خراجه) الخرج والخراج الاتاوة وهو أن يجعل عليه سيده له شيأ فى كل يوم أو فى كل شهر (قوله من خشاش الارض) هى الحشرات تفتح وتكسر وهى صغار الهوام وسميت بذلك لانها تخش فى الأرض أى تدخل (الحضانة) مشتقة من الحضن وهو مادون الابط الى الكشح وحضنا الشئ جانباه وحضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها والمعتوه الناقص العقل

﴿فصـل﴾ وان امتنع من الانفاق على رقيقه أو على بهيمته أجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته وان لم يكن له مال أكرى عليه ان أمكن اكراؤه فان لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه فى امرأته اذا أعسر بنفقتهما والله أعلم

﴿ باب الحضانة ﴾

اذا افترق الزوجان ولهما ولد بالغ رشيد فله أن ينفرد عن أبويه لانه مستغن عن الحضانة والكفالة والمستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما وان كانت جارية كره لها أن تنفرد لانها اذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها وان كان لهما ولد مجنون أو صغير لا يميز وهو الذى له دون سبع سنين وجبت حضانته لانه ان ترك حضانته ضاع وهلك

﴿فصل﴾ ولا تثبت الحضانة لرقيق لانه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى ولا تثبت لمعتوه لانه لا يكمل للحضانة ولا تثبت لفاسق لانه لا يوفى الحضانة حقها ولان الحضانة انما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد فى حضانة الفاسق لانه ينشأ على طريقته ولا تثبت لكافر على مسلم وقال أبو سعيد الاصطخرى تثبت للكافر على المسلم لما روى عبد الحميد بن سلمة عن أبيه أنه قال أسلم أبى وأبت أمى أن تسلم وأنا غلام فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ياغلام اذهب الى أيهما شئت ان شئت الى أبيك وان شئت الى أمك فتوجهت الى أمى فلما رآنى النبى صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم اهده فملت الى أبى فقعدت فى حجره والمذهب الاول لان الحضانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد المسلم فى حضانة الكافر لانه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر والحديث منسوخ لان الامة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسلم الى الكافر ولا حضانة للمرأة اذا تزوجت لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحى ولانها اذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة فان أعتق الرقيق وعقل المعتوه وعدل الفاسق وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة لانها زالت لعلة فعادت بزوال العلة واذا طلقت المرأة عاد حقها من الحضانة وقال المزنى ان كان الطلاق رجعيا لم يعد لان النكاح باق وهذا خطأ لانه انما سقط حقها بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج وبالطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فعادت الحضانة

﴿فصل﴾ ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الارحام وهم ابن البنت وابن الاخت وابن الاخ من الام وأبو الام والخال والعم من الام لان الحضانة انما تثبت للنساء لمعرفتهن بالحضانة أو لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال وهذا لا يوجد فى ذوى الارحام من الرجال ولا يثبت لمن أدلى بهم من الذكور والاناث لانه اذا لم يثبت لهم لضعف قرابتهم فلأن لا يثبت لمن يدلى بهم أولى

﴿فصل﴾ وان اجتمع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة فالام أحق من غيرها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أنت أحق به مالم تنكحى ولانها أقرب اليه وأشفق عليه ثم تنتقل الى من يرث من أمهاتها لمشاركتهن الام فى الولادة والارث ويقدم الاقرب فالاقرب ويقدمن على أمهات الاب وان قربن لتحقق ولادتهن ولانهن أقوى فى الميراث من أمهات الاب لانهن لا يسقطن بالاب وتسقط أمهات الاب بالام فاذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الام ففيه قولان قال فى القديم تنتقل الى الاخت والخالة ويقدمان على أم الاب لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بنت حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام ولان الخالة تدلى بالام وأم الاب تدلى بالاب والام تقدم على الاب فقدم من يدلى بها على من يدلى به ولان

(قوله وحجرى له حواء) الحجر بمعنى الحضن وحواء أى يحويه ويحيط به والحواء بيوت مجتمعة من الناس والجمع الاحوية وبئر أبى عنبة بالنون والباء على ميل من المدينة قال ابن الجوزى أبو عنبة عبد الله بن عنبة من الصحابة ليس فيهم أبو عنبة غيره قال فى المؤتلف والمختلف أبو عنبة الجولانى له صحبة وراكض الولد الركض تحرك الرجل ومنه قوله تعالى اركض برجلك وأراد انهم ركضوا بأرجلهم فى رحم واحدة أى حركوها جميعا

الاخت ركضت مع الولد في الرحم ولم تركض أم الاب معه في الرحم فقدمت عليها فعلى هذا تكون الحضانة للاخت من الاب والام ثم الاخت من الام ثم الخالة ثم لام الأب ثم للاخت من الأب ثم للعمة وقال في الجديد اذا عدمت أمهات الأم انتقلت الحضانة الى أم الأب وهو الصحيح لأنها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة كأم الام فعلى هذا تكون الحضانة لام الاب ثم لامهاتها وان علون الاقرب فالاقرب ويقدمن على أم الجد كما يقدم الاب على الجد فان عدمت أمهات الاب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى أمهاتها وان علون ثم تنتقل الى أمهات أب الجد فاذا عدم أمهات الابوين انتقلت الى الاخوات ويقدمن على الخالات والعمات لانهن راكضن الولد في الرحم وشاركنه في النسب وتقدم الاخت من الاب والام ثم الاخت للاب ثم الاخت للام وقال أبو العباس بن سريج تقدم الاخت للام على الاخت للاب لان احداهما تدلي بالام والاخرى تدلي بالاب فقدم المدلي بالام على المدلي بالاب كما قدمت الام على الاب وهذا خطأ لان الاخت من الاب أقوى من الاخت من الام في الميراث والتعصيب مع البنات ولان الاخت من الاب تقوم مقام الاخت من الاب والام في الميراث فقامت مقامها في الحضانة فان عدمت الاخوات انتقلت الى الخالات ويقدمن على العمات لان الخالة تساوي العمة في الدرجة وعدم الارث وتدلي بالام والعمة تدلي بالاب والام تقدم على الاب فقدم من يدلي بها وتقدم الخالة من الاب والام على الخالة من الاب ثم الخالة من الام ثم تنتقل الى العمات لانهن يدلين بالاب وتقدم العمة من الاب والام ثم العمة من الاب ثم العمة من الام وعلى قياس قول المزني وأبي العباس تقدم الخالة والعمة من الام على الخالة والعمة من الاب

﴿فصل﴾ وان اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء قدم الاب لان له ولادة وفضل شفقة ثم تنتقل الى آبائه الاقرب فالاقرب لمشاركتهم الاب في الولادة والتعصيب فان عدم الاجداد انتقلت الى من بعدهم من العصبات ومن أصحابنا من قال لا يثبت لغير الآباء والاجداد من العصبات لانه لا معرفة لهم في الحضانة ولا لهم ولاية بانفسهم فلم تكن لهم حضانة كالاجانب والمنصوص هو الاول والدليل عليه ما روى البراء بن عازب رضي الله عنه انه اختصم في بنت حمزة علي وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال علي عليه السلام أنا أحق بها وهي بنت عمي وقال جعفر ابنة عمي وخالتها عندي وقال زيد بنت أخي فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام ولو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لانكر النبي صلى الله عليه وسلم على جعفر وعلى علي رضي الله عنهما ادعاءهما الحضانة بالعمومة ولان له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالاب والجد فعلى هذا تنتقل الى الاخ من الاب والام ثم الى الاخ من الاب ثم الى ابن الاخ من الاب والام ثم الى ابن الاخ من الاب ثم الى العم من الاب والام ثم الى العم من الاب ثم الى ابن العم من الاب والام ثم الى ابن العم من الاب لان الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالارث فقدم من تقدم في الارث

﴿فصل﴾ وان اجتمع الرجال والنساء والجميع من أهل الحضانة نظرت فان اجتمع الاب مع الام كانت الحضانة للام لان ولادتها متحققة وولادة الاب مظنونة ولان لها فضلا بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة فقدمت على الاب فان اجتمع مع أم الام وان علت كانت الحضانة لام الام لانها كالام في تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة وان اجتمع مع أم نفسه أو مع الاخت من الاب أو مع العمة قدم عليهن لانهن يدلين به فقدم عليهن وان اجتمع الاب مع الاخت من الام أو الخالة ففيه وجهان أحدهما أن الاب أحق وهو ظاهر النص لان الاب له ولادة وارث فقدم على الاخت والخالة كالام والثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يقدم الاخت والخالة على الاب لانهما من أهل الحضانة

والتربية

والتربية ويدليان بالام فقدمتا على الاب كأمهات الام وان اجتمع الاب وأم الاب والاخت من الام أو الخالة بنينا على القولين فى الاخت من الام والخالة اذا اجتمعا مع أم الاب فان قلنا بقوله القديم ان الاخت والخالة يقدمان على أم الاب قدمت الاخت والخالة على الاب وأم الاب وان قلنا بقوله الجديد ان أم الاب تقدم على الاخت والخالة بنيناعلى الوجهين فى الاب اذا اجتمع مع الاخت من الام أو الخالة فان قلنا بظاهر النص ان الاب يقدم عليهما كانت الحضانة للاب لانه يسقط الاخت والخالة وأم نفسه فانفرد بالحضانة وان قلنا بالوجه الآخر ان الحضانة للاخت والخالة ففى هذه المسئلة وجهان أحدهما ان الحضانة للاخت والخالة لان أم الاب تسقط بالاب والاب يسقط بالاخت والخالة والثانى ان الحضانة للاب وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه لان الاخت والخالة يسقطان بأم الاب ثم تسقط أم الاب بالاب فتصير الحضانة للاب ويجوز أن يمنع الشخص غيره من حق ثم لا يحصل له مامنع منه غيره كالاخوين مع الابوين فانهما يحجبان الام من الثلث الى السدس ثم لا يحصل لهما مامنعاه بل يصير الجميع للاب وان اجتمع الجد أب الاب مع الام أو مع أم الام وان علت قدمت عليه كما تقدم على الاب وان اجتمع مع أم الاب قدمت عليه لانها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الام على الاب وان اجتمع مع الخالة أو مع الاخت من الام ففيه وجهان كما لو اجتمعتا مع الاب وان اجتمع مع الاخت من الاب ففيه وجهان أحدهما ان الجد أحق لانه كالاب فى الولادة والتعصيب فكذلك فى التقدم على الاخت والثانى ان الاخت أحق لانها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة

﴿فصل﴾ وان عدم الامهات والآباء ففيه ثلاثة أوجه أحدها ان النساء أحق بالحضانة من العصبات فتكون الاخوات والخالات ومن أدلى بهن من البنات أحق من الاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية والثانى ان العصبات أحق من الاخوات والخالات والعمات ومن يدلى بهن لاختصاصهم بالنسب والقيام بتأديب الولد والثالث انه ان كان العصبات أقرب قدموا وان كان النساء أقرب قدمن وان استويا فى القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية وان استوى اثنان فى القرابة والادلاء كالاخوين أو الاختين أو الخالتين أو العمتين أقرع بينهما لانه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ولا مزية لاحدهما على الاخرى فوجب التقديم بالقرعة وان عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء وله أقارب من رجال ذوى الارحام ومن يدلى بهم ففيه وجهان أحدهما انهم أحق من السلطان لان لهم رحما فكانوا أحق من السلطان كالعصبات والثانى ان السلطان أحق بالحضانة لانه لا حق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم كما قلنا فى الميراث وان كان للطفل أبوان فثبتت الحضانة للام فامتنعت منها فقد ذكر أبو سعيد الاصطخرى فيه وجهين أحدهما ان الحضانة تنتقل الى أم الام كما تنتقل اليها بموت الام أو جنونها أو فسقها أو كفرها والثانى انها تكون للاب لان الام لم يبطل حقها من الحضانة لانها لو طالبت بها كانت أحق فلم تنتقل الى من يدلى بها

﴿فصل﴾ وان افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين أو ثمان سنين وهو مميز وتنازعا كفالته خير بينهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فاخذ بيد أمه فانطلقت به فان اختارهما أقرع بينهما لانه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ولا مزية لاحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة وان لم يختر واحدا منهما أقرع بينهما لانه لا يمكن تركه وحده مالم يبلغ لانه يضيع ولا مزية لاحدهما على الآخر فوجبت القرعة وان اختار أحدهما نظرت فان كان ابنا فاختار الام كان عندها بالليل ويأخذه

(قوله لامزية لاحدهما) أى لافضيلة والكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بامره ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا

الاب بالنهار ويسلمه فى مكتب أو صنعة لان القصد حظ الولد وحظ الولد فيما ذكرناه وان اختار الاب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لان المنع من ذلك اغراء بالعقوق وقطع الرحم فان مرض كانت الام أحق بتمريضه لان بالمرض صار كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الام أحق به وان كانت جارية فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الآخر من زيارتها من غير اطالة وتبسط لان الفرقة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما فى دار الآخر وان مرضت كانت الام أحق بتمريضها فى بيتها وان مرض أحد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لما ذكرناه وان اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر حول اليه وان عاد فاختار الاول أعيد اليه لان الاختيار الى شهوته وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت وعند الآخر فى وقت فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه من مأكول ومشروب وان لم يكن له أب وله أم وجد خير بينهما لان الجد كالاب فى الحضانة فى حق الصغير فكان كالاب فى التخيير فى الكفالة فان لم يكن له أب ولا جد فان قلنا انه لا حق لغير الاب والجد فى الحضانة ترك مع الام الى أن يبلغ وان قلنا بالمنصوص ان الحضانة تثبت للعصبة فان كانت العصبة محرما كالعم والاخ وابن الاخ خير بينهم وبين الام لما روى عامر بن عبد الله قال خاصم عمى أمى وأراد ان يأخذنى فاختصما الى على بن أبى طالب كرم الله وجهه فخيرنى على ثلاث مرات فاخترت أمى فدفعنى اليها فان كان العصبة ابن عم فان كان الولد ابنا خير بينه وبين الام وان كانت بنتا كانت عند الام الى أن تبلغ ولا تخير بينهما لان ابن العم ليس بمحرم لها ولا يجوز أن تسلم اليه

﴿فصل﴾ وان افترق الزوجان ولهما ولد فاراد أحدهما ان يسافر بالولد فان كان السفر مخوفا أو البلد الذى يسافر اليه مخوفا فالمقيم أحق به فان كان مميزا لم يخير بينهما لان فى السفر تغريرا بالولد وان كان السفر مسافة لا تقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين فى حضانة الصغير وتخيير المميز بينهما لانهما يستويان فى انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح فصارا كالمقيمين فى محلتين فى بلد واحد وان كان السفر لحاجة لا للنقلة كان المقيم أحق بالولد لانه لا حظ للولد فى حمله ورده وان كان السفر للنقلة الى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالاب أحق به سواء كان هو المقيم أو المسافر لان فى السكون مع الام حضانة وفى السكون مع الاب حفظ النسب والتأديب وفى الحضانة يقوم غير الام مقامها وفى حفظ النسب لا يقوم غير الاب مقامه فكان الاب أحق وان كان المسافر هو الاب فقالت الام يسافر لحاجة فانا أحق وقال الاب أسافر للنقلة فانا أحق فالقول قول الاب لانه أعرف بنيته وبالله التوفيق

﴿كتاب الجنايات﴾ ﴿باب تحريم القتل﴾

ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب عليه القتل بغير حق حرام وهو من الكبائر العظام والدليل عليه قوله عز وجل ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لو أن أهل السموات والارض اشتركوا فى قتل مؤمن لعذبهم الله عز وجل الا ان لا يشاء ذلك

﴿فصل﴾ ويجب القصاص بجناية العبد وهو ان يقصد الاصابة بما يقتل غالبا فيقتله والدليل عليه قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص وقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد الآية وقوله تعالى ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب وروى عثمان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الزانى المحصن والمرتد عن دينه وقاتل النفس ولانه لو لم يجب

(قوله ويسلمه الى مكتب) قال الجوهرى الكتاب والمكتب واحد والجمع الكتاتيب والمكاتب وأراد به تعليم الكتابة (قوله اغراء بالعقوق) الاغراء الالصاق بالغراء المعروف كأنه جعله سببا لوقوع العقوق ولصوقا به (قوله وتبسط) التبسط والانبساط ترك الاحتشام وتبسط فى البلاد سافر فيها طولا وعرضا وأصله السعة وذلك محرم على من طلق (قوله تغريرا بالولد) أى خطرا من غير يقين بالسلامة

﴿ومن كتاب الجنايات﴾

(قوله لعذبهم الله الا أن لا يشاء ذلك) معناه الا أن لا يشاء ولى المقتول (قوله كتب عليكم القصاص) أى فرض وأوجب ومثله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله كتب عليكم الصيام وكتب عليكم القتال والقصاص والقصص اتباع الاثر يقال قص أثره يقصه اذا تبعه ومنه قوله تعالى وقالت لاخته قصيه أى اتبعيه وقوله تعالى فارتدا على آثارهما قصصا فكأن المقتص يتبع أثر جناية الجانى فيجرحه مثلها والقصاص أيضا المماثلة ومنه أخذ القصاص لانه يجرحه مثل جرحه أو يقتله به وقيل أصله من القص وهو القطع لان المقتص يقطع من يديه مثل ما قطع الجانى ومنه سمى الجلم مقصا وسمى القود قودا لان الجانى يقاد الى أولياء المقتول فيقتلونه به ان شاؤا وقيل هو المماثلة

القصاص أدى ذلك الى سفك الدماء وهلاك الناس ولا يجب بجناية الخطأ وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان القصاص عقوبة مغلظة فلا يستحق مع الخطأ ولا يجب في عمد الخطأ وهو ان يقصد الاصابة بما لا يقتل غالبا فيموت منه لانه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل كما لا يجب حد الزنا في وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا

﴿فصل﴾ ولا يجب القصاص على صبي ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبي والمجنون كالحدود والقتل بالكفر وفي السكران طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحدا ومنهم قال فيه قولان وقد بيناه في كتاب الطلاق

﴿فصل﴾ ويقتل المسلم بالمسلم والذمي بالذمي والحر بالحر والعبد بالعبد والذكر والانثى بالانثى لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى ويقتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر والانثى بالذكر لانه اذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلان يقتل بمن هو أفضل منه أولى ويقتل الذكر بالانثى لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن ان الرجل يقتل بالمرأة ولان المرأة كالرجل في حد القذف فكانت كالرجل في القصاص

﴿فصل﴾ ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ولا على الحر بقتل العبد لما روى عن علي كرم الله وجهه انه قال من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر ومن السنة ان لا يقتل حر بعبد فان جرح ذمي ذميا ثم أسلم الجاني أو جرح عبد عبدا ثم أعتق الجاني اقتص منه لانهما متكافئان منه حال الوجوب والاعتبار بحال الوجوب لان القصاص كالحد والحد يعتبر بحال الوجوب بدليل انه اذا زنى وهو بكر ثم أحصن أقيم عليه حد البكر ولو زنى وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب وان قطع مسلم يد ذمي ثم أسلم ثم مات أو قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم مات لم يجب القصاص لان التكافؤ معدوم عند وجود الجناية فان جرح مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات فان أقام في الردة زمانا يسرى الجرح في مثله لم يجب القصاص لان الجناية في الاسلام توجب القصاص والسراية في الردة تسقط القصاص فغلب الاسقاط كما لو جرح جرحا عمدا وجرحا خطأ فان لم يقم في الردة زمانا يسرى فيه الجرح ففيه قولان أحدهما لا يجب فيه القصاص لانه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط والثاني يجب القصاص وهو الصحيح لان الجناية والموت وجدا في حال الاسلام وزمان الردة لم يسر فيه الجرح فكان وجوده كعدمه وان قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان أحدهما يسقط القصاص في الطرف لانه تابع للنفس فاذا لم يجب القصاص في النفس لم يجب في الطرف والثاني وهو الصحيح انه يجب لان القصاص في الطرف يجب مستقرا فلا يسقط بسقوطه في النفس والدليل عليه انه لو قطع طرف انسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص في الطرف وان سقط في النفس

﴿فصل﴾ وان قتل مرتد ذميا ففيه قولان أحدهما انه يجب القصاص وهو اختيار المزني لانهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين والثاني انه لا يجب لان حرمة الاسلام باقية في المرتد بدليل انه يجب عليه قضاء العبادات ويحرم استرقاقه وان كانت امرأة لم يجز للذمي نكاحها فلا يجوز قتله بالذمي وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد الجاني ثم مات المجني عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لانه عدم التكافؤ في حال الجناية فلم يجب القصاص وان وجد التكافؤ بعد ذلك كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد وان قتل ذمي مرتدا فقد اختلف أصحابنا فيه فنهم من قال يجب عليه القصاص ان كان القتل عمدا والدية

ان كان خطأ لان الذمي لا يقتل المرتد تدينا وانما يقتله عنادا فاشبه اذا قتل مسلما وقال أبو اسحق لا يلزمه قصاص ولا دية وهو الصحيح لانه مباح الدم فلم يضمن بالقتل كما لو قتله مسلم وقال أبو سعيد الاصطخري ان قتله عمدا وجب القصاص لانه قتله عنادا وان قتله خطأ لم تلزمه الدية لانه لا حرمة له

﴿فصل﴾ وان حبس السلطان مرتدا فاسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم باسلامه ففيه قولان أحدهما لا قصاص عليه لانه لم يقصد قتل من يكافئه والثاني يجب عليه القصاص لان المرتد لا يخلى الا بعد الاسلام فالظاهر انه مسلم فوجب القصاص بقتله وان قتل المسلم الزاني المحصن ففيه وجهان أحدهما يجب عليه القصاص لان قتله لغيره فوجب عليه القصاص بقتله كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولي الدم والثاني لا يجب وهو المنصوص لانه مباح الدم فلا يجب القصاص بقتله كالمرتد

﴿فصل﴾ ولا يجب القصاص على الأب بقتل ولده ولا على الام بقتل ولدها لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد الأب من ابنه فاذا ثبت هذا في الأب ثبت في الام لانها كالأب في الولادة ولا يجب على الجد وان علا ولا على الجدة وان علت بقتل ولد الولد وان سفل لمشاركتهم الأب والأم في الولادة وأحكامها وان ادعى رجلان نسب لقيط ثم قتلاه قبل أن يلحق نسبه بأحدهما لم يجب القصاص لان كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الأب وان رجعا في الدعوى لم يقبل رجوعهما لان النسب حق وجب عليهما فلا يقبل رجوعهما فيه بعد الاقرار وان رجع أحدهما وجب عليه القصاص لانه تثبت الابوة للآخر وانقطع نسبه من الراجع وان اشترك رجلان في وطء امرأة وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب القصاص وان أنكر أحدهما النسب لم يقبل انكاره ولم يجب عليه القصاص لان بانكاره لا ينقطع النسب عنه ولا يلحق بالآخر بخلاف المسئلة قبلها فان هناك لحق النسب بالآخر وانقطع عن الراجع وان قتل زوجته وله منها ابن لم يجب عليه القصاص لانه اذا لم يجب له عليه بجنايته عليه فلا يجب له عليه بجنايته على أمه وان كان لها ابنان أحدهما منه والآخر من غيره لم يجب عليه القصاص لان القصاص لا يتبعض فاذا سقط نصيب ابنه سقط نصيب الآخر كما لو وجب لرجلين على رجل قصاص فعفا أحدهما عن حقه وان اشترى المكاتب أباه وعنده عبد فقتل أبوه العبد لم يجز للمكاتب أن يقتص منه لانه اذا لم يجب له القصاص عليه بجنايته عليه لم يجب بجنايته على عبده

﴿فصل﴾ ويقتل الابن بالأب لانه اذا قتل بمن يساويه فلان يقتل بمن هو أفضل منه أولى وان جنى المكاتب على أبيه وهو في ملكه ففيه وجهان أحدهما لا يقتص منه لان المولى لا يقتص منه لعبده والثاني يقتص منه واليه أومأ الشافعي رحمه الله في بعض كتبه لان المكاتب ثبت له حق الحرية بالكتابة وأبوه ثبت له حق الحرية بالابن ولهذا لا يملك بيعه فصار كالابن الحر اذا جنى على أبيه الحر

﴿فصل﴾ وان قتل مسلم ذميا أو قتل حر عبدا أو قتل الأب ابنه في المحاربة ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القصاص لما ذكرناه من الاخبار ولان من لا يقتل بغيره اذا قتله في غير المحاربة لم يقتل به اذا قتله في المحاربة كالمخطئ والثاني أنه يجب لان القتل في المحاربة تأكد لحق الله تعالى حتى لا يجوز فيه عفو الولي فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا

﴿فصل﴾ وتقتل الجماعة بالواحد اذا اشتركوا في قتله وهو أن يجني كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل اليه ووجب القصاص عليه والدليل عليه ماروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ فيه أهل صنعاء لقتلتهم ولانا لو لم نوجب القصاص عليهم جعل الاشتراك طريقا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء فان اشترك

(قوله الكفء) هو النظير والكفاءة بالفتح والمد يقال فلان ليس له كفؤ أي نظير ومماثل وقد ذكر في النكاح (قوله عنادا) عانده معاندة وعنادا أي عارضه وعند يعند بالكسر عنودا أي خالف ورد الحق وهو يعرفه فهو عنيد وعاند (قوله لو تمالأ أهل صنعاء على قتله) يقال تمالؤا على الامر اجتمعوا عليه ومالأت فلانا على الامر ممالأة ساعدته عليه وشايعته قال علي كرم الله وجهه والله ما قتلت عثمان ولا مالأت على قتله

جماعة فى القتل وجناية بعضهم عمدا وجناية البعض خطأ لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمحض قتل العمد فلم يجب القصاص وان اشترك الأب والاجنبي فى قتل الابن وجب القصاص على الأجنبي لان مشاركة لأب لم تغير صفة العمد فى القتل فلم يسقط القود عن شريكه كمشاركة غير الأب وان اشترك صبي وبالغ فى القتل فان قلنا ان عمد الصبي خطأ لم يجب القصاص على البالغ لان شريكه مخطئ وان قلنا ان عمده عمد وجب لان شريكه عامد فهو كشريك الأب وان جرح رجل نفسه وجرحه آخر أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات ففيه قولان أحدهما يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه فى القتل عامدا فوجب عليه القصاص كشريك الأب والثانى لا يجب لأنه اذا لم يجب على شريك المخطئ وجنايته مضمونة فلان لا يجب على شريك الجارح نفسه والسبع وجنايتهما غير مضمونة أولى وان جرحه رجل جراحة وجرحه آخر مائة جراحة وجب القصاص عليهما لان الجرح له سراية فى البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات فلم تمكن اضافة القتل الى واحد بعينه ولا يمكن اسقاط القصاص فوجب على الجميع وان قطع أحدهما يده وحز الآخر رقبته أو قطع حلقومه ومريئه أو شق بطنه فأخرج حشوته فالأول قاطع يجب عليه ما يجب على القاطع والثانى قاتل لأن الثانى قطع سراية القطع فصار كما لو اندمل الجرح ثم قتله الآخر وان قطع أحدهما حلقومه ومريئه أو شق بطنه وأخرج حشوته ثم حز الآخر رقبته فالقاتل هو الأول لانه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وانما يتحرك حركة مذبوح ولهذا يسقط حكم كلامه فى الاقرار و لوصية والاسلام والتوبة وان أجافه جائفة يتحقق الموت منها الا أن الحياة فيه مستقرة ثم قتله الآخر كان القاتل هو الثانى لان حكم الحياة باق ولهذا أوصى عمر رضى الله عنه بعد ما سقى اللبن وخرج من الجرح ووقع الاياس منه فعمل بوصيته لجرى مجرى المريض المأيوس منه اذا قتل وان جرحه رجل فداوى جرحه بسم غير موح الا أنه يقتل فى الغالب أو خاط جرحه فى لحم حى أو خاف التأكل فقطعه فمات ففى وجوب القتل على الجانى طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يجب عليه القتل والثانى لا يجب لانه شاركه فى القتل من لا ضمان عليه فكان فى قتله قولان كالجارح اذا شاركه المجروح أو السبع فى الجرح ومنهم من قال لا يجب عليه القتل قولا واحدا لان المجروح ههنا لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة فكان فعله عمد خطأ فلم يجب القتل على شريكه والمجروح هناك والسبع قصدا الجناية فوجب القتل على شريكهما وان كان على رأس مولى عليه سلعة فقطعها وليه أو جرحه رجل فداواه الولى بسم غير موح أو خاط جرحه فى لحم حى ومات ففيه قولان أحدهما يجب على الولى القصاص لانه جرح جرحا مخوفا فوجب عليه القصاص كما لو فعله غير الولى والثانى لا قصاص عليه لانه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة وله نظر فى مداواته فلم يجب عليه القصاص فان قلنا يجب عليه القصاص وجب على الجارح لانهما شريكان فى القتل وان قلنا لا قصاص عليه لم يجب على الجارح لانه شارك من فعله عمد خطأ

﴿ باب ما يجب به القصاص من الجنايات ﴾

اذا جرحه بما يقطع الجلد واللحم كالسيف والسكين والسنان أو بما احدد من الخشب والحجر والزجاج وغيرها أو بماله مور و بعد غور كالمسلة والنشاب وما حدد من الخشب والقصب ومات منه وجب عليه القود لانه قتله بما يقتل غالبا وان غرز فيه ابرة فان كان فى مقتل كالصدر والخاصرة والعين وأصول الاذن فمات منه وجب عليه القود لان الاصابة بها فى المقتل كالاصابة بالسكين والمسلة فى الخوف عليه وان كان فى غير مقتل كالألية والفخذ نظرت فان بقى منه ضمنا الى أن مات وجب عليه القود

(قوله لم يتمحض) أى لم يخلص المحض الخالص من كل شئ (قوله فأخرج حشوته) الحشوة هى الأمعاء يقال حشوة وحشوة بالضم والكسر (قوله الحلقوم) هو مجرى النفس وهو القصبة والمرىء مدخل الطعام والشراب (قوله غير موح) أى غير مسرع والوحا السرعة (قوله فان قطع من رأس مولى عليه سلعة) السلعة بالكسر زيادة فى البدن كالجوزة وتكون فى مقدار حمصة الى بطيخة والسلعة بالفتح هى الجراحة (قوله بماله مور وغور) يقال مار السنان فى المطعون اذا قطعه ودخل فيه قال الشاعر

وأنتم أناس تغمضون من القنا
اذا مار فى أكتافكم وتأطرا

ويقولون فلان لا يدرى ما سائر من مائر فالمائر السيف القاطع الذى يمور فى الضريبة مورا والسائر بيت الشعر المروى المشهور ويقال أيضا مار الدم على وجه الارض وأماره غيره قال

ومار دم من جاريته ناقع

ومار أيضا اذا تحرك وجاء وذهب ومنه قوله تعالى يوم تمور السماء مورا وغور كل شئ قعره قال الحر فى غور كل شئ بعده كالماء الغائر الذى لا يقدر عليه يقال هو بعيد الغور (قوله وان بقى ضمنا) هو الذى به الزمانة فى جسده من بلاء أو كسر وغيره يقال ضمن ضمنا بالتحريك

لان الظاهر انه مات منه وان مات فى الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه يجب عليه القود لان له غورا وسراية فى البدن وفى البدن مقاتل خفية والثانى وهو قول أبى العباس وأبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجب لانه لا يقتل فى الغالب فلا يجب به القود كالوضربه بمثقل صغير ولان فى المثقل فرقا بين الصغير والكبير فكذلك فى المحدد

﴿فصل﴾ وان ضربه بمثقل نظرت فان كان كبيرا من حديد أو خشب أو حجر فمات منه وجب عليه القود لما روى أنس رضى الله عنه ان يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين ولانه يقتل غالبا فلو لم يجب فيه القود جعل طريقا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء وان قتله بمثقل صغير لا يقتل مثله كالحصاة والقلم فمات لم يجب القود ولا الدية لانا نعلم انه لم يمت من ذلك وان كان بمثقل قد يموت منه وقد لا يموت كالعصا فان كان فى مقتل وفى مريض أو فى صغير أو فى حر شديد أو فى برد شديد أو والى عليه الضرب فمات وجب القود لان ذلك يقتل غالبا فوجب القود فيه وان رماه من شاهق أو رمى عليه حائطا فمات وجب القود فيه لان ذلك يقتل فى الغالب وان خنقه خنقا شديدا أو عصر خصيتيه عصرا شديدا أو غمه بمخدة أو وضع يده على فيه ومنعه التنفس الى أن مات وجب القود لان ذلك يقتل فى الغالب وان خنقه ثم خلاه وبقى منه متألما الى ان مات وجب القود لانه مات من سراية جنايته فهو كالوجرحه وتألم منه الى أن مات وان تنفس وصح ثم مات لم يجب القود لان الظاهر انه لم يمت منه فلم يجب القود كالوجرحه واندمل الجرح ثم مات

﴿فصل﴾ وان طرحه فى نار أو ماء ولا يمكنه التخلص منه لكثرة الماء والنار أو لعجزه عن التخلص بالضعف أو بأن كتفه وألقاه فيه ومات وجب القود لانه يقتل غالبا وان ألقاه فى ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لم يجب القود لان الذى فعله لا يقتل غالبا وان كان فى لجة لا يتخلص منها فالتقمه حوت قبل أن يصل الى الماء ففيه قولان أحدهما يجب القود لانه ألقاه فى مهلكة فهلك والثانى لا يجب لان هلاكه لم يكن بفعله

﴿فصل﴾ وان حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود لانه يقتل غالبا وان أمسكه على رجل ليقتله فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك لما روى أبو شريح الخزاعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان من أعتى الناس على الله عز وجل من قتل غير قاتله أو طلب بدم الجاهلية فى الاسلام أو بصر عينيه فى النوم مالم تبصره وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ليقتل القاتل ويصبر الصابر ولانه سبب غير ملجئ ضامه مباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب كالوحفر بئرا فدفع فيها آخر رجلا فمات

﴿فصل﴾ وان كتف رجلا وطرحه فى أرض مسبعة أو بين يدى سبع فقتله لم يجب القود لانه سبب غير ملجئ فصار كمن أمسكه على من يقتله فقتله وان جمع بينه وبين السبع فى زبية أو بيت صغير ضيق فقتله وجب عليه القود لان السبع يقتل اذا اجتمع مع الآدمى فى موضع ضيق وان كتفه وتركه فى موضع فيه حيات فنهسته فمات لم يجب القود ضيقا كان المكان أو واسعا لان الحية تهرب من الآدمى فلم يكن تركه معها ملجئا الى قتله وان أنهشه سبعا أو حية يقتل مثلها غالبا فمات منه وجب عليه القود لانه ألجأه الى قتله وان كانت حية لا يقتل مثلها غالبا ففيه قولان أحدهما يجب القود لان جنس الحيات يقتل غالبا والثانى لا يجب لان الذى أنهشه لا يقتل غالبا

﴿فصل﴾ وان سقاه سما مكرها فمات وجب عليه القود لانه سبب يقتل غالبا فهو كالوجرحه جرحا يقتل غالبا وان خلطه بطعام وتركه فى بيته فدخل رجل فأكله ومات لم يجب عليه القود كالوحفر بئرا فى داره

فضة مأخوذ من الوضح وهو البياض (قوله فان غمه بمخدة) غممته غطيته فانغم وان ألقاه فى لجة لجة الماء معظمه وكذلك اللج ومنه بحر لجى (قوله فى الحديث ان من أعتى الناس على الله) يقال عتى يعتو عتيا أى تكبر وتجبر فهو عات ومنه قوله تعالى وعتوا عتوا كبيرا قال فى التفسير تجبروا وعصوا (قوله ويصبر الصابر) معناه يحبس الحابس والصبر هو الحبس والصبر حبس النفس عند الجزع ومنه قوله تعالى واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم ومعناه يحبس الذى حبسه للموت حتى يموت كما مات (قوله فى أرض مسبعة) بالفتح أى ذات سباع (قوله فى زبية) هى حفرة تحفر لينشب فيها السبع وجمعها زبا وفيها لغتان الضم والكسر (قوله حية فنهسته) بالسين المهملة يقال نهس اللحم أخذه بمقدم الاسنان ونهس الحية عضها قال الراجز

* وذات قرنين طحون الضرس * تنهس لو تمكنت من نهس * وقد ذكر ويقال أيضا نهشته الحية بالشين ونهش اللحم أيضا قال الزمخشرى الفرق ان النهس بأطراف الاسنان والنهش بالاضراس

فدخل رجل بغير اذنه فوقع فيها ومات وان قدمه اليه أو خلطه بطعام الرجل فأكله فمات ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القود لانه أكله باختياره فصار كالوقتل نفسه بسكين والثاني يجب لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة فاهدت اليه يهودية بخيبر شاة مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ثم قال ارفعوا أيديكم فانها قد أخبرتني أنها مسمومة فارسل الى اليهودية فقال ما حملك على ما صنعت قالت قلت ان تكن نبيا لم يضرك الذي صنعت وان كنت ملكا أرحت الناس منك فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات فارسل اليها فقتلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مازلت أجد من الاكلة التي أكلت بخيبر فهذا أوان انقطاع أبهرى ولانه سبب يفضي الى القتل غالبا فصار كالقتل بالسلاح وان سقاه سما وادعى انه لم يعلم أنه قاتل ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لان السم يقتل غالبا والثاني لا يجب لانه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وذلك شبهة فسقط بها القود

﴿فصل﴾ وان قتله بسحر يقتل غالبا وجب عليه القود لانه قتله بما يقتل غالبا فأشبه اذا قتله بسكين وان كان مما يقتل ولا يقتل لم يجب القود لانه عمد خطأ فهو كالوضرب بعصا فمات

﴿فصل﴾ وان أكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله وجب القود على المكره لانه تسبب الى قتله بمعنى يفضي الى القتل غالبا فاشبه اذا رماه بسهم فقتله وأما المكره ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القود لانه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله فقتله للدفع عن نفسه والثاني أنه يجب عليه القود وهو الصحيح لانه قتله ظلما لاستبقاء نفسه فاشبه اذا اضطر الى الاكل فقتله ليأكله وان أمر الامام بقتل رجل بغير حق فان كان المأمور لا يعلم أن قتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص والدية على الامام لان المأمور معذور في قتله لان الظاهر ان الامام لا يأمر الا بالحق وان كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص أو الدية على المأمور لانه لا يجوز طاعته فيما لا يحل والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق وقد روى الشافعي رحمه الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه فصار كما لو قتله من غير أمره وان أمره بعض الرعية بالقتل فقتل وجب على المأمور القود علم أنه يقتله بغير حق أو لم يعلم لانه لا تلزمه طاعته فليس الظاهر أنه يأمره بحق فلم يكن له عذر في قتله فوجب عليه القود وان أمر بالقتل صبيا لا يميز أو أعجميا لا يعلم ان طاعته لا تجوز في القتل بغير حق فقتل وجب القصاص على الآمر لان المأمور ههنا كالآلة للآمر ولو أمره بسرقة مال فسرقه لم يجب الحد على الآمر لان الحد لا يجب الا بالمباشرة والقصاص يجب بالتسبب والمباشرة

﴿فصل﴾ وان شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن شهادتهما وجب القود على الشهود لما روى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل انه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وأغرمهما دية يده ولانهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القود كالوجرحاه فمات

﴿باب القصاص في الجروح والاعضاء﴾

يجب القصاص فيما دون النفس من الجروح والاعضاء والدليل عليه قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص وروى أنس رضي الله عنه أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبوا وطلبوا العفو فأبوا فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فامر بالقصاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال

(قوله شاة مصلية) أي مشوية والصلا والصلاء بفتح فيقصر ويكسر فيمد ومنه قوله تعالى سيصلى نارا ذات لهب (قوله مازلت أجد من الاكلة) أي اشتكي والاكلة بالضم هي اللقمة (قوله فهذا أوان انقطاع أبهرى) الابهر عرق اذا انقطع مات صاحبه وهما أبهران يخرجان من القلب ثم تتشعب منهما سائر الشرايين

يارسول الله أتكسر ثنية الربيع والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال النبى صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص قال فعفا القوم ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو أقسم على الله لابر قسمه ولان مادون النفس كالنفس فى الحاجة الى حفظه بالقصاص فكان كالنفس فى وجوب القصاص

﴿فصل﴾ ومن لا يقاد بغيره فى النفس لا يقاد به فيما دون النفس ومن اقتيد بغيره فى النفس اقتيد به فيما دون النفس لانه لما كان مادون النفس كالنفس فى وجوب القصاص كان كالنفس فيما ذكرناه

﴿فصل﴾ وان اشترك جماعة فى ابانة عضو دفعة واحدة وجب عليهم القصاص لانه أحد نوعى القصاص فجاز ان يجب على الجماعة بالجناية ما يجب على واحد كالقصاص فى النفس وان تفرقت جناياتهم بان قطع واحد بعض العضو وأبانه الآخر لم يجب القصاص على واحد منهما لان جناية كل واحد منهما فى بعض العضو فلا يجوز ان يقتص منه فى جميع العضو

﴿فصل﴾ والقصاص فيما دون النفس فى شيئين فى الجروح وفى الاطراف فاما الجروح فينظر فيها فان كانت لا تنتهى الى عظم كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج أو كانت الجناية على عظم ككسر الساعد والعضد والهاشمة والمنقلة لم يجب فيها القصاص لانه لا تمكن المماثلة فيه ولا يؤمن أن يستوفى أكثر من الحق فسقط فان كانت الجناية تنتهى الى عظم فان كانت موضحة فى الرأس أو الوجه وجب فيها القصاص لانه تمكن المماثلة فيه ويؤمن أن يستوفى أكثر من حقه وان كانت فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب فيها القصاص ومن أصحابنا من قال لا يجب لانه لما خالف موضحة الرأس والوجه فى تقدير الأرش خالفهما فى وجوب القصاص والمنصوص هو الاول لانه يمكن استيفاء القصاص فيهما من غير حيف لانتهائها الى العظم فوجب فيها القصاص كالموضحة فى الرأس والوجه

﴿فصل﴾ وان كانت الجناية موضحة وجب القصاص بقدرها طولا وعرضا لقوله عز وجل والجروح قصاص والقصاص هو المماثلة ولا تمكن المماثلة فى الموضحة الا بالمساحة فى الطول والعرض فان كانت فى الرأس حلق موضعها من رأس الجانى وعلم على القدر المستحق بسواد أو غيره ويقتص منها فان كانت الموضحة فى مقدم الرأس أو فى مؤخره أو فى قزعته وأمكن أن يستوفى قدرها فى موضعها من رأس الجانى لم يستوف فى غيرها وان كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الجانى استوفى بقدرها وان جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لان الجميع رأس وان كان قدرها يزيد على رأس الجانى لم يجز ان ينزل الى الوجه والقفا لانه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه ويجب فيما بقى الارش لانه تعذر فيه القصاص فوجب البدل فان أوضح جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه ان يبتدئ بالقصاص من أى جانب شاء من رأس الجانى لان الجميع محل للجناية وان أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره فقد قال بعض أصحابنا انه لا يجوز لانه يأخذ موضحتين بموضحة قال الشيخ الامام ويحتمل عندى انه يجوز لانه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا ان يقول أهل الخبرة ان فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع لذلك وان كانت الموضحة فى غير الوجه والرأس وقلنا بالمنصوص انه يجب فيها القصاص اقتص فيها على ماذكرناه فى الرأس فان كانت فى الساعد فزاد قدرها على ساعد الجانى لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد وان كانت فى الساق فزادت على قدر ساق الجانى لم ينزل الى القدم ولم يصعد الى الفخذ كما لا ينزل فى موضحة الرأس الى الوجه والقفا

﴿فصل﴾ وان كانت الجناية هاشمة أو منقلة أو مأمومة فله ان يقتص فى الموضحة لانها داخلة فى الجناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الأرش فى الباقى لانه تعذر فيه القصاص فانتقل الى البدل

(قوله الموضحة) هى التى تظهر وضح العظم أى بياضه (قوله من غير حيف) أى من غير جور والحيف الجور والظلم وقد حاف عليه يحيف اذا جار (قوله من مؤخر الرأس أو قزعته) لعله موضع القزعة حيث يحلق منه بعضه ويترك بعضه وهو أعلاه (قوله المنقلة) هى التى تنقل منها العظام وقيل تنقل العظم أى تكسره حتى تخرج منها فراش العظام والمأمومة هى التى بلغت أم الدماغ وهى الجلدة التى تجمع الدماغ ويقال أيضا أم الرأس

﴿فصل﴾ وأما الاطراف فيجب فيها القصاص في كل ما ينتهي منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص ولانه يمكن المماثلة فيها لانتهائها الى مفصل فوجب فيها القصاص ولا يجوز ان يأخذ صحيحة بقائمة لانه يأخذ أكثر من حقه ويجوز ان يأخذ القائمة بالصحيحة لانه يأخذ دون حقه وان أوضح رأسه فذهب ضوء عينه فالمنصوص انه يجب فيه القصاص وقال فيمن قطع أصبع رجل فتأكل كفه انه لا قصاص في الكف فنقل أبو اسحق قوله في الكف الى العين ولم ينقل قوله في العين الى الكف فقال في ضوء العين قولان أحدهما لا يجب فيه القصاص لانه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كما لو قطع أصبعه فتأكل الكف والثاني يجب لانه لا يمكن اتلافه بالمباشرة فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما فقال يجب القصاص في الضوء قولا واحدا ولا يجب في الكف لان الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب القصاص فيه بالسراية بخلاف الضوء

﴿فصل﴾ ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل فوجب فيه القصاص ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لانهما متساويان في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره

﴿فصل﴾ ويؤخذ الانف بالانف لقوله تعالى والانف بالانف ولا يجب القصاص فيه الا في المارن لانه ينتهي الى مفصل ويؤخذ الشام بالاخشم والاخشم بالشام لانهما متساويان في السلامة من النقص وعدم الشم نقص في غيره ويؤخذ البعض بالبعض وهو ان يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجاني ولا يؤخذ قدره بالمساحة لانه قد يكون أنف الجاني صغيرا وأنف المجني عليه كبيرا فاذا اعتبرت المماثلة بالمساحة قطعنا جميع المارن بالبعض وهذا لا يجوز ويؤخذ المنخر بالمنخر والحاجز بين المنخرين بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بجذام أو انخرام لانه يأخذ أكثر من حقه فان قطع من سقط بعض مارنه مارنا صحيحا فللمجني عليه أن يأخذ الموجود وينتقل في الباقي الى البدل لانه وجد بعض حقه وعدم البعض فأخذ الموجود وانتقل في الباقي الى البدل وان قطع الانف من أصله اقتص من المارن لانه داخل في الجناية يمكن القصاص فيه وينتقل في الباقي الى الحكومة لانه لا يمكن القصاص فيه فانتقل فيه الى البدل

﴿فصل﴾ وتؤخذ الاذن بالاذن لقوله عز وجل والاذن بالاذن ولانه يمكن استيفاء القصاص فيه لانتهائه الى حد فاصل وتؤخذ اذن السميع باذن الاصم واذن الاصم باذن السميع لانهما متساويان في السلامة من النقص وعدم السمع نقص في غيره ويؤخذ الصحيح المثقوب والمثقوب بالصحيح لان الثقب ليس بنقص وانما تثقب للزينة ويؤخذ البعض بالبعض على ما ذكرناه في الانف ولا يؤخذ صحيح بمخزوم لانه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ المخزوم بالصحيح ويؤخذ معه من الدية بقدر ما سقط منه لما ذكرناه في الانف وهل يؤخذ غير المستحشف بالمستحشف فيه قولان أحدهما انه لا يؤخذ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء والثاني يؤخذ لانهما متساويان في المنفعة بخلاف اليد الشلاء فانها لا تساوي الصحيحة في المنفعة فان قطع بعض أذنه وألصقه المقطوع فالتصق يجب القصاص لانه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه وان قطع أذنه حتى جعلها معلقة على خده وجب القصاص لان المماثلة فيه

(قوله العين القائمة) هي التي بياضها وسوادها صحيحان غير ان صاحبها لا يبصر بها ولعلها الواقفة لانها لا تطرف من قولهم قامت الدابة اذا وقفت والمارن ما لان من الانف وموصل الى القضيب (قوله أخشم) الخشم داء يعتري الانف فيمنع الشم يقال رجل أخشم بين الخشم ويقال رجل أخرم بين الخرم وهو الذي قطعت وترة أنفه أو طرف أنفه لا يبلغ الجدع والوترة الحاجز بين المنخرين والاخرم أيضا المثقوب الاذن وقد انخرم ثقبه أي انشق والمستحشف المنقبض اليابس مأخوذ من حشف التمر وأول الشجاج الخارصة سميت خارصة لانها تشق الجلد يقال خرص القصار الثوب اذا شقه وخرص المطر الارض اذا قشرها والباضعة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى من بضعت اللحم اذا قطعته قطعا صغارا والبضعة القطعة والمتلاحمة الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق ولا فعل لها والسمحاق التي بينها وبين العظم بشرة رقيقة وقد فسر في الكتاب والهاشمة التي تهشم العظم أي تكسره وترضه ولا تبينه والهشم الكسر ومنه سمي هشيم الشجر لما تحطم منه قال الله كهشيم المحتظر والاندمال هو برء الجرح يقال اندمل الجرح اذا تماثل وعته آنت للبرء وأصله الاصلاح دملت بين القوم أصلحت ودملت الارض بالسرجين أصلحتها

ممكنة بان يقطع أذنه حتى تصير معلقة على خده وان أبان أذنه فأخذه المقطوع وألصقه فالتصق لم يسقط القصاص لان القصاص وجب بالابانة وماحصل من الالصاق لاحكم له لانه يجب ازالته ولا تجوز الصلاة معه وان قطع أذنه فاقتص منه وأخذ الجانى أذنه فالصقه فالتصق لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بقطعه لانه اقتص منه بالابانة ومافعله من الالصاق لاحكم له لانه يستحق ازالته للصلاة وذلك الى السلطان وان قطع أذنه فقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فألصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود فيقطعه لانه يستحق الابانة ولم يوجد ذلك وان جنى على رأسه فذهب عقله أو على أنفه فذهب شمه أو على أذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص فى العقل والشم والسمع لان هذه المعانى فى غير محل الجناية فلم يمكن القصاص فيها

(فصل) وتؤخذ الشفة بالشفة وهو مابين جلد الذقن والخدين علوا وسفلا ومن أصحابنا من قال لايجب فيه القصاص لانه قطع لحم لاينتهى الى عظم فلم يجب فيه القصاص كالباضعة والمتلاحمة والصحيح هو الاول لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه ينتهى الى حد معلوم يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص

(فصل) ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى والسن بالسن ولما رويناه فى أول الباب فى حديث الربيع بنت النضر بن أنس ولانه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لانه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ المكسور بالصحيح ويؤخذ معه من الدية بقدر ماانكسر منه لما ذكرناه فى الانف والاذن ويؤخذ الزائد بالزائد اذا اتفق محلهما لانهما متساويان وان قلع سنا زائدة وليس للجانى مثلها وجبت عليه الحكومة لانه تعذر المثل فوجب البدل وان كان له مثلها فى غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لايؤخذ سن أصلى بسن أخرى وان كسر نصف سن وأمكن أن يقتص منه نصف سنه اقتص منه فان لم يمكن وجب بقدره من دية السن وان وجب له القصاص فى السن فاقتص ثم نبت له مكانه سن آخر ففيه قولان أحدهما ان النابت هو المقلوع من جهة الحكم لانه مثله فى محله فصار كما لو قلع سن صغير ثم نبت فعلى هذا يجب على المجنى عليه دية سن الجانى لانه قلع سنه بغير سن والقول الثانى ان النابت هبة مجددة لان الغالب انه لايستخلف فعلى هذا وقع القصاص موقعه ولا يجب عليه شئ للجانى وان قلع سن رجل فاقتص منه ثم نبت للجانى سن فى مكان السن الذى اقتص منه فان قلنا ان النابت هبة مجددة لم يكن للمجنى عليه قلعه لانه استوفى ما كان له وان قلنا ان النابت هو المقلوع من جهة الحكم فهل يجوز للمجنى عليه قلعه فيه وجهان أحدهما ان له أن يقلعه ولو نبت ألف مرة لانه أعدمه السن فاستحق أن يعدم سنه والثانى ليس له قلعه لانه يجوز أن يكون هبة مجددة ويجوز أن يكون هو المقلوع فلم يجز قلعه مع الشك

(فصل) ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى والجروح قصاص ولان له حدا ينتهى اليه فاقتص فيه فلا يؤخذ لسان الناطق بلسان الاخرس لانه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ لسان الاخرس بلسان الناطق لانه يأخذ بعض حقه وان قطع نصف لسانه أو ثلثه اقتص من لسان الجانى فى نصفه أو ثلثه وقال أبو اسحق لايقتص منه لانه لايأمن أن يجاوز القدر المستحق والمذهب انه يقتص منه للآية ولانه اذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه

(فصل) وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والاصابع بالاصابع والانامل بالانامل لقوله تعالى والجروح قصاص ولان لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب فيها القصاص وان قطع يده من الكوع اقتص منه لانه مفصل وان قطع من نصف الساعد فله أن يقتص من الكوع لانه داخل فى

(قوله الانامل) هى رؤس الاصابع واحدها أنملة بالفتح والضم وقد ذكر (قوله من الكوع) الكوع طرف الزند الذى يلى الابهام والكرسوع الذى يلى الخنصر

الجناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الحكومة فى الباقى لانه كسر عظم لا يمكن المماثلة فيه فانتقل فيه الى البدل وان قطع من المرفق فله أن يقتص منه لانه مفصل وان أراد أن يقتص من الكوع و يأخذ الحكومة فى الباقى لم يكن له ذلك لانه يمكنه أن يستوفى جميع حقه بالقصاص فى محل الجناية فلا يجوز أن يأخذ القصاص فى غيره وان قطع يده من نصف العضد فله أن يقتص من المرفق و يأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع و يأخذ الحكومة فى الباقى لان الجميع مفصل داخل فى الجناية و يخالف اذا قطعها من المرفق وأراد أن يقتص من الكوع لان هناك يمكنه أن يقتص فى الجميع فى محل الجناية وههنا لا يمكنه أن يقتص فى موضع الجناية وان قطع يده من الكتف وقال أهل الخبرة انه يمكنه أن يقتص منه من غير جائفة اقتص منه لانه مفصل يمكن القصاص فيه من غير حيف وان أراد أن يقتص من المرفق أو الكوع لم يجز لانه يمكنه أن يقتص من محل الجناية فلا يجوز أن يقتص فى غيره وان قال أهل الخبرة انه يخاف ان يحصل به جائفة لم يجز أن يقتص فيه لانه لا يأمن أن يأخذ زيادة على حقه وله أن يقتص فى المرفق و يأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع و يأخذ الحكومة فى الباقى لما ذكرناه وحكم الرجل فى القصاص من مفاصلها من القدم والركبة والورك وما يجب فيما بينهما من الحكومات حكم اليد وقد بيناه

﴿فصل﴾ ولا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لانه يأخذ فوق حقه وان أراد المجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة نظرت فان قال أهل الخبرة انه ان قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن وخيف عليه لم يجز ان يقتص منه لانه يأخذ نفسا بطرف وان قالوا لا يخاف عليه فله أن يقتص لانه يأخذ دون حقه فان طلب مع القصاص الارش لنقص الشلل لم يكن له لان الشلاء كالصحيحة فى الخلقة وانما تنقص عنها فى الصفة فلم يؤخذ الارش للنقص مع القصاص كما لا يأخذ ولى المسلم من الذمى مع القصاص ارشا لنقص الكفر وفى أخذ الاشل بالاشل وجهان أحدهما انه يجوز لانهما متساويان والثانى لا يجوز وهو قول أبى اسحق لان الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما

﴿فصل﴾ ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بيد ناقصة الاصابع فان قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه لانه يأخذ أكثر من حقه وله أن يقطع من أصابع الجانى مثل أصابعه لانها داخلة فى الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها وهل يدخل ارش ما تحت الاصابع من الكف فى القصاص فيه وجهان أحدهما يدخل كما يدخل فى ديتها والثانى وهو قول أبى اسحق انه لا يدخل بل يأخذ مع القصاص الحكومة لما تحتها والفرق بين القصاص والدية ان الكف يتبع الاصابع فى الدية ولا يتبعها فى القصاص ولهذا لو قطع أصابعه وتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الاصابع ولو طلب القصاص قطع الاصابع وأخذ الحكومة فى الكف وتؤخذ يد ناقصة الاصابع بيد كاملة الاصابع فان قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فللمجنى عليه أن يقتص من الكف و يأخذ دية الاصبع الخامسة أو الحكومة فى الاصبع السادسة لانه وجد بعض حقه وعدم البعض فأخذ الموجود وانتقل فى المعدوم الى البدل كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما

﴿فصل﴾ ولا يؤخذ أصلى بزائد فان قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لانه يأخذ أكثر من حقه و يجوز أن يقتص من الاصابع الاصلية لانها داخلة فى الجناية و يأخذ الحكومة فى الاصبع الزائدة وما تحت الزائدة من

الكف يدخل فى حكومتها وهل يدخل ماتحت الاصابع التى اقتص منها فى قصاصها على الوجهين ويجوز أن يأخذ الزائد بالاصلى فان قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فللمجنى عليه أن يقتص من الكف لانه دون حقه ولاشئ له لنقصان الاصبع الزائدة لان الزائدة كالاصلية فى الخلقة وان كان لكل واحد منهما أصبع زائدة نظرت فان لم يختلف محلهما أخذ أحدهما بالاخرى لانهما متساويان وان اختلف محلهما لم تؤخذ احداهما بالاخرى لانهما مختلفان فى أصل الخلقة

(فصل) وان قطع من له يد صحيحة كف رجل له أصبعان شلا وان لم يقتص منه فى الكف لانه يأخذ كاملا بناقص ويجوز أن يقتص فى الاصابع الثلاث الصحيحة لانها مساوية لاصابعه ويأخذ الحكومة فى الشلاوين لانه لا يجد ما يأخذ به ويدخل فى حكومة الشلاوين أرش ماتحتهما من الكف وهل يدخل أرش ماتحت الثلاثة فى قصاصها على الوجهين

(فصل) ولا تؤخذ يد ذات أظفار بيد لا أظفار لها لان اليد بلا أظفار ناقصة فلا تؤخذ بها يد كاملة وتؤخذ يد بلا أظفار لها بيد لها أظفار لانه يأخذ بعض حقه

(فصل) فان قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص فى الاصبع لانه أتلفه بجناية عمد ولا يجب فى الكف لانه لم يتلفه بجناية عمد لان العمد فيه أن يباشره بالاتلاف ولم يوجد ذلك ويجب عليه دية كل اصبع من الاصابع لانها تلفت بسبب جنايته ويدخل فى دية كل أصبع أرش ماتحته من الكف لان الكف تابع للاصابع فى الدية وهل يدخل ماتحت الاصبع التى اقتص منها فى قصاصها على الوجهين

(فصل) وتؤخذ الاليتان بالاليتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ وقال بعض أصحابنا لا تؤخذ وهو قول المزنى رحمة الله عليه لانه لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ والمذهب الاول لقوله تعالى والجروح قصاص ولانهما ينتهيان الى حد فاصل فوجب فيهما القصاص كاليدين

(فصل) ويقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه ينتهى الى حد فاصل يمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص ويؤخذ بعضه ببعضه وقال أبو اسحق لا يؤخذ بعضه ببعض كما قال فى اللسان والمذهب الاول لانه اذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لانه كذكر الفحل فى الجماع وعدم الانزال لمعنى فى غيره ويقطع الاغلف بالمختون لانه يزيد على المختون بجلدة يستحق ازالتها بالختان ولا يؤخذ صحيح بأشل لان الاشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل

(فصل) ويقطع الانثيان بالانثيين لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه ينتهى الى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص فان قطع احدى الانثيين وقال أهل الخبرة انه يمكن أخذها من غير اتلاف الاخرى اقتص منه وان قالوا انه يؤدى قطعها الى اتلاف الاخرى لم يقتص منه لانه يقتص من أنثيين بواحدة

(فصل) واختلف أصحابنا فى الشفرين فنهم من قال لاقصاص فيهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله لانه لحم وليس له مفصل ينتهى اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ ومنهم من قال يجب فيه القصاص وهو المنصوص فى الام لانهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص

(فصل) وان قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه وطالب حقه قبل أن يتبين حاله أنه ذكر

او

(قوله ويؤخذ الاغلف بالمختون) هو الذى لم يختتن يقال أغلف وأقلف مأخوذ من الغلاف وهو الغشاء والغطاء لانه يغطى الحشفة ويسترها (قوله شفريه) ومشافرها حروفها

أو أنثى نظرت فان طلب القصاص لم يكن له لجواز أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه فى شئ من ذلك قصاص وان طلب المال نظرت فان عفا عن القصاص أعطى أقل حقيه وهو حق امرأة فيعطى دية عن الشفرين وحكومة فى الذكر والانثيين فان بان أنه امرأة فقد استوفت حقها وان بان أنه رجل تمم له الباقى من دية الذكر والانثيين وحكومة عن الشفرين فان لم يعف عن القصاص وقف القصاص الى أن يتبين لانه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه القصاص وأما المال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا يعطى لان دفع المال لا يجب مع القود وهو مطالب بالقود فسقطت المطالبة بالمال والوجه الثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه يعطى أقل ما يستحق مع القود لانه يستحق القود فى عضو والمال فى غيره فلم يكن دفع المال عفوا عن القود فيعطى حكومة فى الشفرين ويوقف القود فى الذكر والانثيين وقال القاضى أبو حامد المرور وذى فى جامعه يعطى دية الشفرين وهذا خطأ لانه ربما بان أنه رجل فيجب القود فى الذكر والانثيين والحكومة فى الشفرين

﴿فصل﴾ وما وجب فيه القصاص من الاعضاء وجب فيه القصاص وان اختلف العضوان فى الصغر والكبر والطول والقصر والصحة والمرض لانا لو اعتبرنا المساواة فى هذه المعانى سقط القصاص فى الاعضاء لانه لا يكاد أن يتفق العضوان فى هذه الصفات فسقط اعتبارها

﴿فصل﴾ وما انقسم من الاعضاء الى يمين و يسار كالعين واليد وغيرهما لم تؤخذ اليمين فيه باليسار ولا اليسار باليمين وما انقسم الى أعلى وأسفل كالشفة والجفن لم يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى ولا يؤخذ سن بسن غيرها ولا أصبع بأصبع غيرها ولا أنملة بأنملة غيرها لانها جوارح مختلفة المنافع والاماكن فلم يؤخذ بعضها ببعض كالعين بالانف واليد بالرجل وما لا يؤخذ بعضه ببعض مما ذكرناه لا يؤخذ وان رضى الجانى والمجنى عليه وكذلك ما لا يؤخذ من الاعضاء الكاملة بالاعضاء الناقصة كالعين الصحيحة بالقائمة واليد الصحيحة بالشلاء لا يؤخذ وان رضى الجانى والمجنى عليه بأخذها لان الدماء لا تستباح بالاباحة

﴿فصل﴾ وان جنى على رجل جناية يجب فيها القصاص ثم قتله وجب القصاص فيهما لانهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل

﴿فصل﴾ وان قتل واحد جماعة أو قطع عضوا من جماعة لم تتداخل حقوقهم لانها حقوق مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون فان قتل أو قطع واحدا بعد واحد اقتص منه للاول لان له مزية بالسبق وان سقط حق الاول بالعفو اقتص للثانى وان سقط حق الثانى اقتص للثالث وعلى هذا واذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية لانه فاتهم القود بغير رضاهم فانتقل حقهم الى الدية كما لو مات القاتل أو زال طرفه وان قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له لانه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه فان خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه أعيدت القرعة للباقين لتساويهم وان ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو بالقرعة فبدر غيره واقتص صار مستوفيا لحقه وان أساء فى التقدم على من هو احق منه كما قلنا فيمن قتل مرتدا بغير اذن الامام أنه يصير مستوفيا لقتل الردة وان أساء فى الافتيات على الامام وان قتل رجل جماعة فى المحاربة ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير المحاربة والثانى أنه يقتل بالجميع لان قتل المحاربة لحق الله تعالى ولهذا لا يسقط بالعفو فتداخل كحدود الله تعالى

﴿فصل﴾ وان قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع أو تأخر لانا اذا

قدمنا القتل سقط حق المقطوع واذا قدمنا القطع لم يسقط حق المقتول واذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز اسقاط أحدهما ويخالف اذا قتل اثنين لانه لا يمكن ابقاء الحقين فقدم السابق وان قطع أصبعا من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الاصبع للاول ثم قطعت اليد للثانى ويدفع اليه أرش الاصبع ويخالف اذا قطع ثم قتل حيث قلنا انه يقطع للاول ويقتل للثانى ولا يلزمه لنقصان اليد شئ لان النفس لا تنقص بنقصان اليد ولهذا يقتل صحيح اليد بمقطوع اليد واليد تنقص بنقصان الاصبع ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الاصابع وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعا من يد رجل آخر قطعت يمينه للاول لان حقه سابق ويخالف اذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث أخرنا القتل وان كان سابقا لان هناك يمكن ابقاء الحقين من غير نقص يدخل على ولى المقتول بقطع اليد وههنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الاصبع

﴿فصل﴾ وان قتل رجلا وارتد أو قطع يمين رجل وسرق قدم حق الآدمى من القتل والقطع وسقط حق الله تعالى لان حق الآدمى مبنى على التشديد فقدم على حق الله تعالى

﴿باب استيفاء القصاص﴾

من ورث المال ورث الدية لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رضى الله عنه يقول لا ترث المرأة من دية زوجها حتى قال له الضحاك بن قيس كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها فرجع عمر رضى الله عنه عن ذلك ويقضى من الدية دينه وينفذ منها وصيته وقال أبو ثور لا يقضى منها الدين ولا ينفذ منها الوصية لانها تجب بعد الموت والمذهب الاول لانه مال يملكه الوارث من جهته فقضى منه دينه ونفذت منه وصيته كسائر أمواله ومن ورث المال ورث القصاص والدليل عليه ماروى أبو شريح الكعبى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وان قطع مسلم طرف مسلم ثم ارتد ومات فى الردة وقلنا بأصح القولين انه يجب القصاص فى طرفه فقد نقل المزنى أنه قال يقتص وليه المسلم وقال المزنى رحمه الله لا يقتص غير الامام لان المسلم لا يرثه فمن أصحابنا من قال لا يقتص غير الامام كما قال المزنى وحمل قول الشافعى رحمة الله عليه على الامام وقال عامة أصحابنا يقتص المناسب لان القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ والذى يتشفى هو المناسب ويجوز أن يثبت القصاص لمن لا يرث شيأ كما لو قتل من له وارث وعليه دين محيط بالتركة فان القصاص للوارث وان لم يرث شيأ وان كان الوارث صغيرا أو مجنونا لم يستوف له الولى لان القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ وذلك لا يحصل باستيفاء الولى ويحبس القاتل الى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون لان فيه حظا للقاتل بان لا يقتل وفيه حظا للولى عليه ليحصل له التشفى فان أقام القاتل كفيلا ليخلى لم يجز تخليته لان فيه تغريرا بحق المولى عليه بان يهرب فيضيع الحق وان وثب الصبى أو المجنون على القاتل فقتله ففيه وجهان أحدهما أنه يصير مستوفيا لحقه كما لو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها والثانى لا يصير مستوفيا لحقه وهو الصحيح لانه ليس من أهل استيفاء الحقوق ويخالف الوديعة فانها لو تلفت من غير فعل برئ منها المودع ولو هلك الجانى من غير فعل لم يبرأ من الجناية وان كان القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفى وان كان بين عاقل ومجنون لم يجز للعاقل أن يستوفى لانه مشترك بينهما فلا يجوز لاحدهما أن ينفرد به فان قتل من لا وارث له كان القصاص للمسلمين واستيفاؤه الى السلطان وان كان له من يرث منه بعض القصاص كان استيفاؤه الى الوارث والسلطان ولا يجوز لاحدهما أن ينفرد به لما ذكرناه

(قوله أيشم الضبابى) بكسر الضاد وهم بطن من بنى كلاب منهم شمر بن ذى الجوشن قاتل الحسين عليه السلام أسموا ضبابا بجمع ضب لان أسماءهم ضب وضبيب ومضب وحسل وحسيل بنو معاوية بن كلاب (قوله بين خيرتين) الخيرة مثل العنبة الاسم من قولك اختاره الله تعالى يقال محمد صلى الله عليه وسلم خيرة من خلقه وخيرة الله أيضا بالتسكين وأما الخيرة فهو الاسم من قولك خار الله تعالى فى هذا الامر (قوله لان القصد منه التشفى) هو الفعل من شفى المريض وهو برؤه من العلة وزوالها كانه يبرأ به من الغيظ ويزيله عنه يقال شفيت من غيظى واستشفيت بكذا

﴿فصل﴾ وان قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدرأحدهما وقتل القاتل من غير اذن أخيه ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القصاص وهو الصحيح لان له في قتله حقا فلا يجب عليه القصاص بقتله كما لا يجب الحد على أحد الشريكين في وطء الجارية المشتركة والثاني يجب عليه القصاص لانه اقتص في أكثر من حقه فوجب عليه القصاص كما لو وجب له القصاص في طرفه فقتله ولان القصاص يجب بقتل بعض النفس اذا عرى عن الشبهة ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين في القتل وان كان قاتلا لبعض النفس والنصف الذي لاخيه لا شبهة له فيه فوجب القصاص عليه بقتله وان عفا أحدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو نظرت فان كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص لانه لم يبق له شبهة وان كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه فان قلنا يجب عليه القود اذا قتله قبل العفو فلان يجب عليه اذا قتله بعد العفو أولى وان قلنا لا يجب عليه قبل العفو ففيما بعد العفو قولان أحدهما يجب عليه لانه لا حق له في قتله فصار كما لو عفوا ثم قتله أحدهما والثاني لا يجب لان على مذهب مالك رحمة الله عليه يجب له القود بعد عفو الشريك فيصير ذلك شبهة في سقوط القود فاذا قلنا انه يجب القصاص على الابن القاتل وجب دية الأب في تركة قاتله نصفها للاخ الذي لم يقتل ونصفها للاخ القاتل ولورثته بعده واذا قلنا لا يجب القصاص على الابن القاتل وجب عليه نصف دية المقتول لانه قتله وهو يستحق نصف النفس وللاخ الذي لم يقتل نصف الدية وفيمن يجب عليه قولان أحدهما يجب على الابن القاتل لان نفس القاتل كانت مستحقة لهما فاذا أتلفها أحدهما لزمه ضمان حق الآخر كما لو كانت لهما وديعة عند رجل فاتلفها أحدهما فعلى هذا ان أبرأ الابن الذي لم يقتل ورثة قاتل أبيه من نصفه لم يصح ابراؤه لانه أبرأ من لا حق له عليه وان أبرأ أخاه صح ابراؤه لانه أبرأ من عليه الحق والقول الآخر أنه يجب ذلك في تركة قاتل أبيه لانه قود سقط الى مال فوجب في تركة القاتل كما لو قتله أجنبي ويخالف الوديعة فانه لو أتلفها أجنبي وجب حقه عليه والقاتل لو قتله أجنبي لم يجب حقه عليه فعلى هذا لو أبرأ أخاه لم يصح ابراؤه وان أبرأ ورثة قاتل أبيه صح ابراؤه ولورثة قاتل الاب مطالبة الابن القاتل بنصف الدية لان ذلك حق لهم عليه فلا يسقط ببراءتهم عن الابن الآخر

﴿فصل﴾ ولا يجوز استيفاء القصاص الا بحضرة السلطان لانه يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفي فان استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك ومن أصحابنا من قال لا يعزر لانه استوفى حقه والمنصوص أنه يعزر لانه افتيات على السلطان والمستحب أن يكون بحضرة شاهدين حتى لا ينكر المجني عليه الاستيفاء وعلى السلطان أن يتفقد الالة التي يستوفى بها القصاص فان كانت كالة منع من الاستيفاء بها لما روى شداد بن أوس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وان كانت مسمومة منع من الاستيفاء بها لانه يفسد البدن ويمنع من غسله فان عجل واستوفى بآلة كالة أو بآلة مسمومة عزر فان طلب من له القصاص أن يستوفى بنفسه فان كان في الطرف لم يمكن منه لانه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يجني عليه بما لا يمكن تلافيه وان كان في النفس فان كان يكمل للاستيفاء بالقوة والمعرفة مكن منه لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل انه كان منصورا ولقوله صلى الله عليه وسلم فمن قتل بعده قتيلا فاهله بين خيرتين ان أحبوا اقتلوا وان أحبوا أخذوا الدية ولان القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ فمكن منه وان لم يكمل للاستيفاء أمر بالتوكيل فان لم يكن من يستوفى بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفى لان ذلك من المصالح وان لم يكن خمس أو كان ولكنه يحتاج

(قوله ولا يؤمن فيه الحيف) وهو الظلم والجور حاف عليه جار قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم (قوله ولا يستوفى بآلة كالة) أى لا حد لها ماض يقال كلت عن الشئ أكل كلالة وكلالة أى أعييت وكذلك البعير اذا أعيى وكل السيف والرمح والطرف واللسان يكل كلا وكلالة وكلولا وسيف كليل الحد (قوله فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة) بكسر القاف هى الحالة والهيئة كالجلسة والركبة يقال قتله قتلة سوء بالكسر وكذا الذبحة بالكسر أيضا فاما بالفتح فهى الفعلة للمرة من المصدر

اليهما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجاني لان الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع في كيل الطعام المبيع فان قال الجاني أنا أقتص لك بنفسي ولا أؤدي الاجرة لم يجب تمكينه منه لان القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ ولان من لزمه ايفاء حق لغيره لم يجز أن يكون هو المستوفي كالبائع في كيل الطعام المبيع فان كان القصاص لجماعة وهم من أهل الاستيفاء وتشاحوا أقرع بينهم لانه لا يجوز اجتماعهم على القصاص لان في ذلك تعذيبا للجاني ولا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة

﴿فصل﴾ وان كان القصاص على امرأة حامل لم يقتص منها حتى تضع لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل وفي قتل الحامل اسراف في القتل لانه يقتل من قتل ومن لم يقتل وروى عمران بن الحصين رضي الله عنه ان امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت انها زنت وهي حبلى فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال له أحسن اليها فاذا وضعت فجئ بها فلما أن وضعت جاء بها فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها واذا وضعت لم تقتل حتى تسقي الولد اللبأ لانه لا يعيش الا به وان لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترضعه حولين كاملين لان النبي صلى الله عليه وسلم قال للعامرية اذهبي حتى ترضعيه ولانه لما أخر القتل لحفظه وهو حمل فلان يؤخر لحفظه وهو مولود أولى وان وجد له مرضعة راتبة جاز أن يقتص لانه يستغني بها عن الام وان وجد مرضعات غير رواتب أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها فالمستحب لولي الدم أن لا يقتص حتى ترضعه لان اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه فان لم يصبر اقتص منها لان الولد يعيش بالالبان المختلفة وبلبن البهيمة وان ادعت الحمل قال الشافعي رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخري رحمة الله عليه لا تحبس حتى يشهد أربع نسوة بالحمل لان القصاص وجب فلا يؤخر بقولها وقال أكثر أصحابنا تحبس بقولها لان الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه

﴿فصل﴾ وان كان القصاص في الطرف فالمستحب أن لا يستوفي الا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية الى النفس لما روى عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة قال طعن رجل رجلا بقرن في رجله فجاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال أقدني فقال دعه حتى يبرأ فأعادها عليه مرتين أو ثلاثا والنبي صلى الله عليه وسلم يقول حتى يبرأ فأبى فأقاده منه ثم عرج المستقيد فجاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال برئ صاحبي وعرجت رجلي فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حق لك فذلك حين نهى أن يستقيد أحد من جرح حتى يبرأ صاحبه فان استوفى قبل الاندمال جاز للخبر وهل يجوز أخذ الارش قبل الاندمال فيه قولان أحدهما يجوز كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال والثاني لا يجوز لان الارش لا يستقر قبل الاندمال لانه قد يسري الى النفس ويدخل في دية النفس وقد يشاركه غيره في الجناية فينقص بخلاف القصاص فانه لا يسقط بالسراية ولا تؤثر فيه المشاركة فاذا قلنا يجوز ففي القدر الذي يجوز أخذه وجهان أحدهما يجوز أخذه بالغا ما بلغ لانه قد وجب في الظاهر فجاز أخذه والثاني وهو قول أبي اسحق انه يأخذ أقل الامرين من ارش الجناية أو دية النفس لان ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره لانه ربما سقط حتى لو قطع يديه ورجليه وجب في الظاهر ديتان وربما سرت الجناية الى النفس فرجع الى دية فيأخذ دية فان سرت الجناية الى النفس فقد أخذ حقه وان اندملت أخذ دية أخرى

﴿فصل﴾ وان قلع سن صغير لم يثغر أو سن كبير قد ثغر وقال أهل الخبرة انه يرجى أن ينبت الى مدة لم يقتص منه قبل الاياس من نباته لانه لا يتحقق الاتلاف فيه قبل الاياس كما لا يتحقق اتلاف الشعر

قبل

(قوله فقد جعلنا لوليه سلطانا) السلطان ههنا القهر والغلبة وفي غيره الحجة والبرهان (قوله برأ صاحبي وعرجت رجلي) يقال عرج الرجل بكسر الراء يعرج بفتحها اذا صار أعرج أي ضلع في مشيته ولزمه الضلع فلم يفارقه حتى صار كأنه خلقة فيه وعرج بفتح الراء يعرج بضمها اذا غمز من شئ أصابه وزال ذلك عنه ولم يلزمه (قوله لم يثغر وقد ثغر) يقال ثغر الصبي اذا سقطت رواضعه فهو مثغور فاذا انبتت قيل اثغر وأصله اثتغر فأبدلت التاء ثاء وأدغمت ويقال اتغر بالتاء أيضا باثنتين من فوق وقيل للموضع المخوف من العدو ثغر لانه كالثلمة يهجم منه وثغرة النحر نقرته ورقبته في وسطه (قوله اثنتان وثلاثون سنا) أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب وأربعة ضواحك واثنا عشر رحا في كل شق ست وأربع نواجذ وهي أقصاها من فقه اللغة

قبل الاياس من نباته فان مات قبل الاياس لم يجب القصاص لانه لم يتحقق الاتلاف فلم يقتص مع الشك

﴿فصل﴾ اذا قتل بالسيف لم يقتص منه الا بالسيف لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان السيف أرجى الآلات فاذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه لان حقه في القتل وقد قتل وعذب فان أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشب أو حبسه ومنعه الطعام والشراب فمات فللولي أن يقتص بذلك لقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولما روى البراء رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ولان القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الاسباب فجاز أن يستوفى بها القصاص وله ان يقتص منه بالسيف لانه قد وجب له القتل والتعذيب فاذا عدل الى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز فان قتله بالسحر قتل بالسيف لان عمل السحر محرم فسقط و بقي القتل فقتل بالسيف وان قتله باللواط أو بسقي الخمر ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق أنه ان قتله بسقي الخمر قتله بسقي الماء وان قتله باللواط فعل به مثل ما فعله بخشبة لانه تعذر مثله حقيقة ففعل به ما هو أشبه بفعله والثاني انه يقتل بالسيف لانه قتله بما هو محرم في نفسه فاقتص بالسيف كما لو قتله بالسحر وان ضرب رجلا بالسيف فمات فضرب بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف لان قتله مستحق وليس ههنا ما هو أرجى من السيف فقتل به وان قتله بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ذلك فلم يمت ففيه قولان أحدهما يكرر عليه ذلك الى أن يموت كما قلنا في السيف والثاني انه يقتل بالسيف لانه فعل به مثل ما فعل و بقي ازهاق الروح فوجب بالسيف وان جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه أو أوضح رأسه فمات فللولي أن يستوفي القصاص بما جنى فيقطع كفه و يوضح رأسه لقوله تعالى والجروح قصاص فان مات به فقد استوفى حقه وان لم يمت قتل بالسيف لانه لا يمكن أن يقطع منه عضوا آخر ولا ان يوضح في موضع آخر لانه يصير قطع عضو ين بعضو وايضاح موضحتين بموضحة وان جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه ففيه قولان أحدهما يقتل بالسيف ولا يقتص منه في الجائفة ولا في قطع اليد من الساعد لانه جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط والثاني يقتص منه في الجائفة وقطع اليد من الساعد لانه جهة يجوز القتل بها في غير القصاص فجاز القتل بها في القصاص كالقطع من المفصل وحز الرقبة فان اقتص بالجائفة أو قطع اليد من الساعد فلم يمت قتل بالسيف لانه لا يمكن ان يجاف جائفة أخرى ولا ان تقطع منه عضو آخر فتصير جائفتان بجائفة وقطع عضو ين بعضو

﴿فصل﴾ وان أوضح رأسه بالسيف اقتص منه بحديدة ماضية كالموسى ونحوه ولا يقتص منه بالسيف لانه لا يؤمن أن يهشم العظم

﴿فصل﴾ وان جنى عليه جناية ذهب منها ضوء عينيه نظرت فان كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة عولج بما يزيل ضوء العين من كافور يطرح في العين أو حديدة حامية تقرب منها لانه تعذر استيفاء القصاص فيه بالهاشمة ولا يقلع الحدقة لانه قصاص في غير محل الجناية فعدل الى أسهل ما يمكن كما قلنا في القتل باللواط وان كانت جناية يمكن فيها القصاص كالموضحة اقتص منه فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه وان لم يذهب عولج بما يزيل الضوء على ما ذكرناه في الهاشمة وان لطمه فذهب الضوء فقد قال بعض أصحابنا يلطم كما لطم فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه وان لم يذهب عولج على ما ذكرناه قال الشيخ الامام ويحتمل عندي انه لا يقتص منه باللطمة بل يعالج بما يذهب الضوء على ما ذكرناه في الهاشمة والدليل عليه ما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بحلوبة له المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان

(قوله فمن اعتدى عليكم) أخذ غير ما يجب له يقال عدى واعتدى اذا جاوز الحد (قوله وان رماه من شاهق) الشاهق الجبل المرتفع وقد شهق يشهق اذا ارتفع (قوله و بقي ازهاق الروح) هو موتها وذهابها من قوله تعالى وزهق الباطل ان الباطل كان زهوقا زهقت نفسه ترهق أي خرجت (قوله بحديدة ماضية) أي قاطعة يقال سيف ماض أي قاطع (قوله قدم بحلوبة) الحلوبة ما يجلب للبيع أي يؤتى به من بعد ومنه الحديث الجالب مرزوق ففقأ عينه بحقها وقلعها وقد ذكر بمرآة بكسر الميم واسكان الراء مفعلة آلة للرؤية على مثل مرعاة وهي أداة معروفة من حديد يتراءى فيها الانسان وجهه وجمعها مراء على وزن مراع ومرايا على مثل خطايا

رضي الله عنه فنازعه فلاطمه ففقأ عينه فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه فأبى فرفعهما الى علي فدعا علي رضي الله عنه بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الاخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال انسان عينه ولان اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه ولهذا لو انفرد من اذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص فلا يستوفى به القصاص في الضوء كالهاشمة وان قلع عين رجل بالاصبع فأراد المجني عليه أن يقتص بالاصبع ففيه وجهان أحدهما انه يجوز لانه يأتي على ما تأتي عليه الحديدة مع المماثلة والثاني لا يجوز لان الحديد أرجى فلا يجوز بغيره

﴿فصل﴾ وان وجب له القصاص بالسيف فضربه فاصاب غير الموضع وادعى انه أخطأ فان كان يجوز في مثله الخطأ فالقول قوله مع يمينه لان ما يدعيه محتمل وان كان لا يجوز في مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه لانه لا يحتمل ما يدعيه وان أراد أن يعود ويقتص فقد قال في موضع لا يمكن وقال في موضع يمكن ومن أصحابنا من قال هما قولان أحدهما لا يمكن لانه لا يؤمن مثله في الثاني والثاني انه يمكن لان الحق له والظاهر أنه لا يعود الى مثله ومن أصحابنا من قال ان كان يحسن مكن لان الظاهر أنه لا يعود الى مثله وان لم يحسن لم يمكن لانه لا يؤمن أن يعود الى مثله وحمل القولين على هذين الحالين وان وجب له القصاص في موضحة فاستوفى أكثر من حقه أو وجب له القصاص في أنملة فقطع أنملتين فان كان عامدا وجب عليه القود في الزيادة وان كان خطأ وجب عليه الارش كما لو فعل ذلك في غير القصاص وان استوفى أكثر من حقه باضطراب الجاني لم يلزمه شيء لانه حصل بفعله فهدر

﴿فصل﴾ وان اقتص من الطرف بحديدة مسمومة فمات لم يجب عليه القصاص لانه تلف من جائز وغير جائز ويجب نصف الدية لانه هلك من مضمون وغير مضمون فسقط النصف ووجب النصف

﴿فصل﴾ واذا وجب له القصاص في يمينه فقال أخرج يمينك فاخرج اليسار من كم اليمين فقطعها فان قال تعمدت اخراج اليسار وعلمت انه لا يجوز قطعها عن اليمين لم يجب على القاطع ضمان لانه قطعها ببذله ورضاه وان قال ظننتها اليمين أو ظننت انه يجوز قطعها عن اليمين نظرت في المستوفي فان جهل انها اليسار لم يجب عليه القصاص لانه موضع شبهة وهل يجب عليه الدية فيه وجهان أحدهما لا تجب عليه لانه قطعها ببذل صاحبها والثاني يجب وهو المذهب لانه بذل على أن يكون عوضا عن اليمين فاذا لم يصح العوض وتلف المعوض وجب له بدله كما لو اشترى سلعة بعوض فاسد وتلفت عنده فان علم انه اليسار وجب عليه ضمانه وفيما يضمن وجهان أحدهما وهو قول أبي حفص ابن الوكيل انه يضمن بالقود لانه تعمد قطع يد محرمة والثاني وهو المذهب انه لا يجب القود لانه قطعها ببذل الجاني ورضاه وتلزمه الدية لانه قطع يدا لا يستحقها مع العلم به فان وجب له القود في اليمين فصالحه على اليسار لم يصح الصلح لان الدماء لا تستباح بالعوض وهل يسقط القصاص في اليمين فيه وجهان أحدهما يسقط لان عدوله الى اليسار رضا بترك القصاص في اليمين والثاني انه لا يسقط لانه أخذ اليسار على ان يكون بدلا عن اليمين ولم يسلم البدل فبقي حقه في المبدل فاذا قلنا لا يسقط القصاص فله على المقتص دية اليسار وللمقتص عليه القصاص في اليمين وان قلنا انه يسقط القصاص فله دية اليمين وعليه دية اليسار وان كان القصاص على مجنون فقال له المجني عليه اخرج يمينك فاخرج يساره فقطعها وجب عليه القصاص ان كان عالما أو الدية ان كان جاهلا لان بذل المجنون لا يصح فصار كما لو بدأ بقطعه

﴿فصل﴾ اذا اقتص في الطرف فسرى الى نفس الجاني فمات لم يجب ضمان السراية لما روي أن عمر وعليا رضي الله عنهما قالا في الذي يموت من القصاص لا دية له وان جنى على طرف رجل فاقتص منه ثم سرت الجناية الى نفس المجني عليه ثم سرى القصاص الى نفس الجاني كانت سراية القصاص الى نفس

(قوله سال انسان عينه) انسان العين المثال الذي يرى في السواد ويجمع على أناسي

الجاني

الجانى قصاصا عن سراية الجناية الى نفس المجنى عليه لانه لما كانت السراية كالمباشرة فى ايجاب القصاص كانت كالمباشرة فى استيفاء القصاص وان سرى القصاص الى نفس الجانى ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه ففيه وجهان أحدهما ان السراية قصاص لانها سراية قصاص فوقعت عن القصاص كما لو سرت الجناية ثم سرى القصاص والثانى وهو الصحيح ان السراية هدر ولا تكون قصاصا لانها سبقت وجوب القصاص فلا يجوز أن تكون قصاصا عما وجب بعدها فعلى هذا يجب فى تركة الجانى نصف الدية لانه قد أخذ منه بقدر نصف الدية وبقى النصف

﴿فصل﴾ من وجب عليه قتل بكفر أو ردة أو زنا أو قصاص فالتجأ الى الحرم قتل ولم يمنع الحرم من قتله والدليل عليه قوله عز وجل واقتلوهم حيث وجدتموهم ولانه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب

﴿فصل﴾ ومن وجب عليه قصاص فى النفس فمات عن مال أو وجب عليه قصاص فى الطرف فزال الطرف وله مال ثبت حق المجنى عليه فى الدية لان ما ضمن بسببين على سبيل البدل اذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الامثال

﴿ باب العفو عن القصاص ﴾

ومن وجب عليه القصاص وهو جائز التصرف فله ان يقتص وله ان يعفو على المال لما روى أبو شريح الكعبى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فاهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية فان عفا مطلقا بنينا على ما يجب بقتل العمد وفيه قولان أحدهما ان موجب قتل العمد القصاص وحده ولا تجب الدية الا بالاختيار والدليل عليه قوله عز وجل كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ولان ما ضمن بالبدل فى حق الآدمى ضمن ببدل معين كالمال والقول الثانى ان موجبه أحد الامرين من القصاص أو الدية والدليل عليه ان له ان يختار ما شاء منهما فكان الواجب أحدهما كالهدى والطعام فى جزاء الصيد فاذا قلنا ان الواجب هو القصاص وحده فعفا عن القصاص مطلقا سقط القصاص ولم تجب الدية لانه لا يجب له غير القصاص وقد أسقطه بالعفو وان قلنا انه يجب أحد الامرين فعفا عن القصاص وجبت الدية لان الواجب أحدهما فاذا ترك أحدهما وجب الآخر وان اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع الى القصاص وان قال اخترت القصاص فهل له ان يرجع الى الدية فيه وجهان أحدهما له ان يرجع لان القصاص أعلى فجاز ان ينتقل عنه الى الادنى والثانى ليس له ان يرجع الى الدية لانه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص فان جنى عبده على رجل جناية توجب القصاص فاشتراه بارش الجناية سقط القصاص لان عدوله الى الشراء اختيار للمال وهل يصح الشراء ينظر فيه فان كانا لا يعرفان عدد الابل وأسنانها لم يصح الشراء لانه بيع مجهول فان كانا يعرفان العدد والاسنان ففيه قولان أحدهما لا يصح الشراء لان الجهل بالصفة كالجهل بالعدد والسن كما قلنا فى السلم والثانى انه يصح لانه مال مستقر فى الذمة تصح المطالبة به فجاز البيع به كالعوض فى القرض

﴿فصل﴾ فان كان القصاص لصغير لم يجز للولى ان يعفو عنه على غير مال لانه تصرف لا حظ للصغير فيه ولا يملكه الولى كهبة ماله وان أراد أن يعفو على مال فان كان له مال أو له من ينفق عليه لم يجز العفو لانه يفوت عليه القصاص من غير حاجة وان لم يكن له مال ولا من ينفق عليه ففيه وجهان أحدهما يجوز العفو على مال لحاجته الى المال ليحفظ به حياته والثانى لا يجوز وهو منصوص لانه يستحق النفقة فى بيت المال ولا حاجة به الى العفو عن القصاص وان كان المقتول لا وارث له غير المسلمين كان الامر

(قوله والتجأ الى الحرم) أى استند اليه يقال لجأت اليه لجأ بالتحريك والموضع الملجأ

الى السلطان فان رأى القصاص اقتص وان رأى العفو على مال عفا لان الحق للمسلمين فوجب على الامام أن يفعل ما يراه من المصلحة فان أراد أن يعفو على غير مال لم يجز لانه تصرف لاحظ فيه للمسلمين فلم يملكه

(فصل) وان كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين من القصاص لما روى زيد بن وهب ان عمر رضي الله عنه أتى برجل قتل رجلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت أخت المقتول وهي امرأة القاتل قد عفوت عن حقي فقال عمر رضي الله عنه عتق من القتل وروى قتادة رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا أحدهم فقال عمر لابن مسعود رضي الله عنهما وهو الى جنبه ما تقول فقال انه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف ملئ علما ولان القصاص مشترك بينهم وهو مما لا يتبعض ومبناه على الاسقاط فاذا أسقط بعضهم حقه سرى الى الباقي كالعتق في نصيب أحد الشريكين وينتقل حق الباقين الى الدية لما روى زيد بن وهب قال دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فاستعدى اخوتها عمر فقال بعض اخوتها قد تصدقت بحقي فقضى لسائرهم بالدية ولانه سقط حق من لم يعف عن القصاص بغير رضاه فثبت له البدل مع وجود المال كما يسقط حق من لم يعتق من الشريكين الى القيمة

(فصل) وان وكل من له القصاص من يستوفي له ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو ففيه قولان أحدهما لا يصح العفو لانه عفا في حال لا يقدر الوكيل على تلافي ما وكل فيه فلم يصح العفو كما لو عفا بعد ما رمى الحربة الى الجاني والثاني يصح لانه حق له فلا يفتقر عفوه عنه الى علم غيره كالابراء من الدين ولا يجب القصاص على الوكيل لانه قتله وهو جاهل بتحريم القتل وأما الدية فعلى القولين ان قلنا ان العفو لا يصح لم تجب الدية كما لا تجب اذا عفا عنه بعد القتل وان قلنا يصح العفو وجبت الدية على الوكيل لانه قتل محقون الدم ولا يرجع بما غرمه من الدية على الموكل وخرج أبو العباس قولا آخر انه يرجع عليه لانه غره حين لم يعلمه بالعفو كما قلنا فيمن وطئ أمة غر بحريتها في النكاح وقلنا ان النكاح باطل انه يلزمه المهر ثم يرجع به على من غره في أحد القولين وهذا خطأ لان الذي غره في النكاح مسيء مفرط فرجع عليه والموكل ههنا محسن في العفو غير مفرط

(فصل) فان جنى على رجل جناية فعفا المجني عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية الى النفس فان كانت الجناية مما يجب فيها القصاص كقطع الكف والقدم لم يجب القصاص في النفس لان القصاص لا يتبعض فاذا سقط في البعض سقط في الجميع وان كانت الجناية مما لا قصاص فيها كالجائفة ونحوها وجب القصاص في النفس لانه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يعمل فيه العفو

(فصل) وان قطع أصبع رجل عمدا فعفا المجني عليه عن القصاص والدية ثم اندملت سقط القصاص والدية وقال المزني رحمه الله يسقط القصاص ولا تسقط الدية لانه عفا عن القصاص بعد وجوبه فسقط وعفا عن الدية قبل وجوبها لان الدية لا تجب الا بالاندمال والعفو وجد قبله فلم تسقط وهذا خطأ لان الدية تجب بالجناية والدليل عليه أنه لو جنى على طرف عبده ثم باعه ثم اندمل كان ارش الطرف له دون المشتري فدل على انه وجب بالجناية وانما تأخرت المطالبة الى ما بعد الاندمال فصار كما لو عفا عن دين مؤجل فان سرت الجناية الى الكف واندملت سقط القصاص في الاصبع بالعفو ولم يجب في الكف لانه تلف بالسراية والقصاص فيما دون النفس لا يجب بالسراية وسقطت دية الاصبع لانه عفا عنها بعد الوجوب ولا يسقط ارش ما تسري اليه لانه عفا عنه قبل الوجوب وان سرت الجناية الى النفس نظرت فان قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها سقط القود في الاصبع والنفس

(قوله كنيف ملئ علما) تصغير كنف والكنف وعاء من أدم يكون فيه اداة الراعي قالوا وتصغيره للتعظيم كما قالوا دويهية والاحسن في هذا انه يعني الصغر والحقارة لان ابن مسعود رضي الله عنه كان دميم الخلق قصيرا قيل انه يكاد الجلوس يوارونه من قصره (قوله فاستعدى أهله عمر رضي الله عنه) أي استعانوا وطلبوا منه الانصاف (قوله أرش الجنايات) قد ذكرنا أن أصل الارش الافساد والخصومة يقال أرشت بين القوم اذا أفسدت بينهم

لانه سقط فى الاصبع بالعفو بعد الوجوب وسقط فى النفس لانها لا تتبعض وأما الدية فانه ان كان العفو بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل وفيها قولان فان قلنا لا تصح وجبت دية النفس وان قلنا تصح وخرجت من الثلث سقطت وان خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقى وان كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية فى الحكم أم لا فيه قولان أحدهما انه وصية لانه يعتبر من الثلث والثانى انه ليس بوصية لان الوصية ما تكون بعد الموت وهذا اسقاط فى حال الحياة فاذا قلنا انه وصية فعلى ما ذكرناه من القولين فى الوصية للقاتل وان قلنا انه ليس بوصية صح العفو عن دية الاصبع لانه عفا عنها بعد الوجوب ولا يصح عما زاد لانه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس الا أرش أصبع وأما اذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وعقلها ولم يقل وما يحدث منها سقط القود فى الجميع لما ذكرناه ولا تسقط دية النفس لانه أبرأ منها قبل الوجوب وأما دية الاصبع فانه ان كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا انه وصية فهو وصية للقاتل وفيها قولان وان كان بلفظ العفو وقلنا انه ليس بوصية فان خرج من الثلث سقط وان خرج بعضه سقط منه ما خرج ووجب الباقى لانه ابراء عما وجب

﴿فصل﴾ فان جنى جناية يجب فيها القصاص كقطع اليد فعفا عن القصاص وأخذ نصف الدية ثم عاد فقتله فقد اختلف أصحابنا فيه فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه الى أنه يلزمه القصاص فى النفس أو الدية الكاملة ان عفى عن القصاص لان القتل منفرد عن الجناية فلم يدخل حكمه فى حكمها فوجب لاجله القصاص أو الدية ومن أصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لان الجناية والقتل كالجناية الواحدة فاذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعها ويجب نصف الدية لانه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقى له النصف ومنهم من قال يجب له القصاص فى النفس وهو الصحيح لان القتل انفرد عن الجناية فعفوه عن الجناية لا يوجب سقوط ما لزمه بالقتل ويجب له نصف الدية لان القتل اذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة ما لو سرت الى النفس ولو سرت وجب فيها الدية وقد أخذ النصف وبقى النصف

﴿فصل﴾ اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى النفس فاقتص فى اليد ثم عفى عن النفس على غير مال لم يضمن اليد لانه قطعها فى حال لا يضمنها فاشبه اذا قطع يد مرتد فاسلم ولان العفو يرجع الى ما بقى دون ما استوفى كما لو قبض من دينه بعضه ثم أبرأه وان عفى على مال وجب له نصف الدية لانه بالعفو صار حقه فى الدية وقد أخذ ما يساوى نصف الدية فوجب له النصف فان قطع يدى رجل فسرى الى نفسه فقطع الولى يدى الجانى ثم عفا عن النفس لم يجب له مال لانه لم يجب له أكثر من دية وقد أخذ ما يساوى دية فلم يجب له شئ وان قطع نصرانى يد مسلم فاقتص منه فى الطرف ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله لانه صارت الجناية نفسا وان اختار أن يعفو على الدية ففيه وجهان أحدهما انه يجب عشرة آلاف درهم لان دية المسلم اثنا عشر ألفا وقد أخذ ما يساوى ألفى درهم فوجب الباقى والثانى انه يجب له نصف ديته وهو ستة آلاف درهم لانه رضى أن يأخذ يدا ناقصة بيد كاملة ديتها ستة آلاف درهم فوجب الباقى وان قطع يديه فاقتص منه ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله لانه صارت الجناية نفسا فان عفى على الدية أخذ على الوجه الاول ثمانية آلاف درهم لانه أخذ ما يساوى أربعة آلاف درهم وبقى له ثمانية آلاف درهم وعلى الوجه الثانى لا شئ له لانه رضى أن يأخذ نفسه بنفسه فيصير كمن استوفى ديته وان قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ثم سرى القطع الى نفس الرجل فوليه أن يقتلها لما ذكرناه فان عفا على مال وجب على الوجه الاول تسعة آلاف درهم لان الذى أخذ يساوى ثلاثة آلاف درهم وبقى

تسعة آلاف درهم وعلى الوجه الثاني يجب ستة آلاف لانه رضي أن يأخذ بدها بيده وذلك بقدر نصف ديته وبقي النصف

﴿ كتاب الديات ﴾ ﴿ باب من تجب الدية بقتله وما تجب به الدية من الجنايات ﴾

تجب الدية بقتل المسلم لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وتجب بقتل الذمي والمستأمن ومن بيننا وبينهم هدنة لقوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة وتجب بقتل من لم تبلغه الدعوة لانه محقون الدم مع كونه من أهل القتال فكان مضمونا بالقتل كالذمي

﴿فصل﴾ وان قطع طرف مسلم ثم ارتد ومات على الردة وقلنا انه لا يجب القصاص في طرفه أو قلنا يجب فعفى عن القصاص على مال ففيه قولان أحدهما لا تجب دية الطرف لانه تابع للنفس في الدية فاذا لم تجب دية النفس لم تجب دية الطرف والثاني انه تجب وهو الصحيح لان الجناية أوجبت دية الطرف والردة قطعت سراية الجرح فلا تسقط ما تقدم وجوبه كما لو قطع يد رجل ثم قتل الرجل نفسه فان جرح مسلما ثم ارتد ثم أسلم ومات فان أقام في الردة زمانا تسرى فيه الجناية ففيه قولان أحدهما تجب دية كاملة لان الاعتبار في الدية بحال استقرار الجناية والدليل عليه انه لو قطع يديه ورجليه واندملت وجبت له ديتان ولو سرت الى النفس وجبت دية وهذا مسلم في حال استقرار الجناية فوجب فيه دية مسلم والثاني يجب نصف الدية لان الجناية في حال الاسلام توجب والسراية في حال الردة تسقط فوجب النصف كما لو جرحه رجل وجرح نفسه فمات وان لم يقم في الردة زمانا تسرى فيه الجناية وجبت دية مسلم لانه مسلم في حال الجناية وفي حال استقرار الجناية ولا تأثير لما مضى في حال الردة فلم يكن له حكم

﴿فصل﴾ وان قطع يد مرتد ثم أسلم ومات لم يضمن ومن أصحابنا من قال تجب فيه دية مسلم لانه مسلم في حال استقرار الجناية فوجبت ديته والمذهب الأول لانها سراية قطع غير مضمون فلم يضمن كسراية القصاص وقطع السرقة

﴿فصل﴾ وان أرسل سهما على حربي فأصابه وهو مسلم ومات وجبت فيه دية مسلم وقال أبو جعفر الترمذي لا يلزمه شيء لانه وجد السبب من جهته في حال هو مأمور بقتله ولا يمكنه تلافي فعله عند الاسلام فلا يجب ضمانه كما لو جرحه ثم أسلم ومات والمذهب الأول لان الاعتبار بحال الاصابة دون حال الارسال لان الارسال سبب والاصابة جناية والاعتبار بحال الجناية لا بحال السبب والدليل عليه انه لو حفر بئرا في الطريق وهناك حربي فأسلم ووقع فيها ومات ضمنه وان كان عند السبب حربيا ويخالف اذا جرحه ثم أسلم ومات لان الجناية هناك حصلت وهو غير مضمون وان أرسل سهما على مسلم فوقع به وهو مرتد فمات لم يضمن لان الجناية حصلت وهو غير مضمون فلم يضمنه كما لو أرسله على حي فوقع به وهو ميت

﴿فصل﴾ وان قتل مسلما تترس به الكفار لم يجب القصاص لانه لا يجوز أن يجب القصاص مع جواز الرمي وأما الدية فقد قال في موضع تجب وقال في موضع ان علمه مسلما وجبت فمن أصحابنا من قال هو على قولين أحدهما انها تجب لانه ليس من جهته تفريط في الاقامة بين الكفار فلم يسقط ضمانه والثاني انه لا تجب لان القاتل مضطر الى رميه ومنهم من قال ان علم أنه مسلم لزمه ضمانه وان لم يعلم لم يلزمه ضمانه لان مع العلم باسلامه يلزمه أن يتوقاه ومع الجهل باسلامه لا يلزمه أن يتوقاه وحمل القولين على هذين الحالين وقال أبو اسحق ان عينه بالرمي ضمنه وان لم يعينه لم يضمنه وحمل القولين على هذين الحالين

﴿فصل﴾ وتجب الدية بقتل الخطأ لقوله عز وجل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وتجب بقتل العمد في أحد القولين بالعفو على الدية في القول الآخر وقد بيناه في الجنايات

﴿ ومن كتاب الديات ﴾ (قوله لا يمكن تلافي فعله) أي تداركه ولحوقه تلافيته من كذا اذا نجيته من أمر كان قد أشفى عليه (قوله عنيه بالرمي) أي قصده بعينه

وتجب بشبه العمد لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا ان في دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها فان غرز ابرة في غير مقتل فمات وقلنا انه لا يجب عليه القصاص ففي الدية وجهان أحدهما انها تجب لانه قد يفضي الى القتل والثاني لا تجب لانه لما لم تجب بأقل المثقل وهو الضرب بالقلم والرمي بالحصاة لم تجب بأقل المحدد

﴿فصل﴾ وتجب على الجماعة اذا اشتركوا في القتل وتقسم بينهم على عددهم لانه بدل متلف يتجزأ فقسم بين الجماعة على عددهم كغرامة المال فان اشترك في القتل اثنان وهما من أهل القود فللولي أن يقتص من أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وان كان أحدهما من أهل القود والآخر من أهل الدية فله أن يقتص ممن عليه القود ويأخذ من الآخر نصف الدية

﴿فصل﴾ وتجب الدية بالاسباب فان شهد اثنان على رجل بالقتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن الشهادة كان حكمهما في الدية حكم الشريكين لما روى أن شاهدين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وأغرمهما دية يده

(فصل) وان أكره رجل على قتل رجل فقتله فان قلنا انه يجب القود عليهما فللولي أن يقتل من شاء منهما ويأخذ نصف الدية من الآخر لانهما كالشريكين في القتل اذا كانا من أهل القود وان قلنا لا يجب القود الا على المكره الآمر دون المكره فللولي أن يقتل المكره ويأخذ من الآخر نصف الدية لانهما كالشريكين غير أن القصاص يسقط بالشبهة فسقط عنه والدية لا تسقط بالشبهة فوجب عليه نصفها

﴿فصل﴾ وان طرح رجلا في نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ففيه قولان أحدهما انه تجب الدية لان ترك التخلص من الهلاك لا يسقط به ضمان الجناية كما لو جرحه جراحة وقدر المجروح على مداواتها فترك المداواة حتى مات والقول الثاني انها لا تجب وهو الاصح لان طرحه في النار لا يحصل به التلف وانما يحصل ببقائه فيها باختياره فسقط ضمانه كما لو جرحه جرحا يسيرا لا يخاف منه فوسعه حتى مات وان طرحه في ماء يمكنه الخروج منه فلم يخرج حتى مات ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالنار ومنهم من قال لا تجب قولا واحدا لان الطرح في الماء ليس بسبب للهلاك لان الناس يطرحون أنفسهم في الماء للسباحة وغيرها وانما حصل الهلاك بمقامه فيه فسقط ضمانه بخلاف النار

(فصل) وان شد يديه ورجليه وطرحه في ساحل فزاد الماء وهلك فيه نظرت فان كانت الزيادة معلومة الوجود كالمد بالبصرة فهو عمد محض ويجب به القصاص لانه قصد تغريقه وان كان قد يزيد وقد لا يزيد فهو عمد خطأ وتجب به الدية المغلظة فان كان في موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخففة وان شد يديه ورجليه وطرحه في أرض مسبعة وقتله السبع فهو عمد خطأ وتجب فيه دية مغلظة وان كان في أرض غير مسبعة فقتله السبع فهو خطأ محض وتجب فيه دية مخففة

﴿فصل﴾ وان سلم صبيا الى سابح ليعلمه السباحة فغرق ضمنه السابح لانه سلمه اليه ليحتاط في حفظه فاذا هلك بالتعليم نسب الى التفريط فضمنه كالمعلم اذا ضرب الصبي فمات وان سلم البالغ نفسه الى السابح فغرق لم يضمنه لانه في يد نفسه فلا ينسب الى التفريط في هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه

(فصل) وان كان صبي على طرف سطح فصاح رجل ففزع فوقع من السطح ومات ضمنه لان الصياح سبب لوقوعه وان كان صاح عليه فهو عمد خطأ [illegible] صاح عليه فهو خطأ وان كان بالغ على طرف سطح فسمع الصيحة في حال غفلة [illegible] ففيه وجهان أحدهما [illegible] كالصبي لانه [illegible] في حال

(قوله أربعون خلفة) الخلفة الحامل وجمعها خلفات وخلف بكسر اللام وهي المخاض الحوامل من النوق مأخوذ من الخلف بالكسر وهي حلمة ضرع الناقة القادمان والآخران لانها صارت ذات أخلاف أي ضروع

(قوله كالمد بالبصرة) هي زيادة ماء نهرها حتى يفيض على أرض تليه وأصل المد السيل يقال مد النهر ومده نهر آخر قال العجاج سيل أبي مده أبي

(قوله في أرض مسبعة) أي كثيرة السباع وقد ذكر

غفلته يفزع من الصيحة كما يفزع الصبي والثاني لا يضمن لان معه من الضبط ما لا يقع به مع الغفلة

(فصل) وان بعث السلطان الى امرأة ذكرت عنده بسوء ففزعت فالقت جنينا ميتا وجب ضمانه لما روي ان عمر رضي الله عنه أرسل الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر فبينا هي في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر رضي الله عنه أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء انما أنت وال ومؤدب وصمت علي رضي الله عنه فاقبل عليه فقال ما تقول يا أبا الحسن فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد اخطأ رأيهم وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لانك أنت أفزعتها فالقت وان فزعت المرأة فماتت لم تضمن لان ذلك ليس بسبب لهلاكها في العادة

(فصل) وان طلب رجل بصيرا بالسيف فوقع في بئر او ألقى نفسه من شاهق فمات لم يضمن لان الطلب سبب والالقاء مباشرة فاذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة ولان الطالب لم يلجئه الى الوقوع لانه لو أدركه جاز أن لا يجني عليه فصار كما لو جرح رجل فذبح المجروح نفسه وان طلب ضريرا فوقع في بئر أو من شاهق ومات فان كان عالما بالشاهق أو بالبئر لم يضمن لانه كالبصير وان لم يعلم وجب ضمانه لانه الجأه اليه فتعلق به الضمان كالشهود اذا شهدوا بالقتل ثم رجعوا وان كان المطلوب صبيا أو مجنونا ففيه وجهان بناء على القولين في عمدهما اهل هو عمد أو خطأ فان قلنا ان عمدهما عمد لم يضمن الطالب الدية وان قلنا انه خطأ ضمن وان طلب رجل رجلا فافترسه سبع في طريقه نظرت فان الجأه الطالب الى موضع السبع ضمنه كما لو ألقاه عليه وان لم يلجئه اليه لم يضمنه لانه لم يلجئه اليه وان انخسف من تحته سقف فسقط ومات ففيه وجهان أحدهما لا يضمن كما لا يضمن اذا افترسه سبع والثاني يضمن لانه الجأه الى ما لا يمكنه الاحتراز منه

(فصل) وان رماه من شاهق فاستقبله رجل بسيف فقده نصفين نظرت فان كان من شاهق يجوز أن يسلم الواقع منه وجب الضمان على القاطع لان الرامي كالجارح والقاطع كالذابح وان كان من شاهق لا يسلم الواقع منه ففيه وجهان أحدهما انه يجب الضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب للاتلاف فصار كما لو جرحاه والثاني ان الضمان على القاطع لان الرمي انما يكون سببا للتلف اذا وقع المرمي على الارض وههنا لم يقع على الارض وصار الرامي صاحب سبب والقاطع مباشرا فوجب الضمان على القاطع

(فصل) اذا زنى بامرأة وهي مكرهة وأحبلها وماتت من الولادة ففيه قولان احدهما يجب عليه ديتها لانها تلفت بسبب من جهته تعدى به فضمنها والثاني لا يجب لان السبب انقطع حكمه بنفي النسب عنه

(فصل) وان حفر بئرا في طريق الناس أو وضع فيه حجرا أو طرح فيه ماء أو قشر بطيخ فهلك به انسان وجب الضمان عليه لانه تعدى به فضمن من هلك به كما لو جنى عليه وان حفر بئرا في الطريق ووضع آخر حجرا فعثر رجل بالحجر ووقع في البئر فمات وجب الضمان على واضع الحجر لانه هو الذي ألقاه في البئر فصار كما لو ألقاه فيها بيده وان وضع رجل حجرا في الطريق فدفعه رجل على هذا الحجر فمات وجب الضمان على الدافع لان الدافع مباشر وواضع الحجر صاحب سبب فوجب الضمان على المباشر وان وضع رجل حجرا في الطريق ووضع آخر حديدة بقربه فعثر رجل بالحجر ووقع على الحديدة فمات وجب الضمان على واضع الحجر وقال أبو الفياض البصري ان كانت الحديدة سكينا قاطعة وجب الضمان على واضع السكين دون واضع الحجر لان السكين القاطع موح وان كانت غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر والاول هو الصحيح لان الواضع هو المباشر وان حفر بئرا في طريق لا يستضر به الناس وان حفرها لنفسه كان حكمه حكم الطريق الذي يستضر الناس بحفر البئر فيه لانه لا يجوز

ان

(قوله الى امرأة مغيبة) غاب عنها زوجها بالهاء وامرأة مشهد بغير هاء أي زوجها شاهد حاضر وفي الحديث حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة والطلق وجع الولادة وقد ذكر

أن يختص بشئ من طريق المسلمين وان حفرها لمصلحة الناس فان كان باذن الامام فهلك به انسان لم يضمن لان ما فعله باذن الامام لمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان وان كان بغير اذنه ففيه وجهان أحدهما انه لا يضمن لانه حفرها لمصلحة المسلمين من غير اضرار فصار كما لو حفرها باذن الامام والثانى انه يضمن لان ما تعلق بمصلحة المسلمين يختص به الامام فمن افتات عليه فيه كان متعديا فضمن من هلك به وان بنى مسجدا فى موضع لا ضرر فيه أو علق قنديلا فى مسجد أو فرش فيه حصيرا من غير اذن الامام فهلك به انسان فهو كالبئر التى حفرها للمسلمين وان حفر بئرا فى موات ليتملكها أو لينتفع بها الناس لم يضمن من هلك بها لانه غير متعد فى حفرها وان كان فى داره بئر قد غطى رأسها أو كلب عقور فدخل رجل داره بغير اذنه فوقع فى البئر فمات أو عقره الكلب فمات لم يضمنه لانه ليس من جهته تفريط فى هلاكه فان دخلها باذنه فوقع فى البئر ومات أو عقره الكلب فمات ففى ضمانه قولان كالقولين فيمن قدم طعاما مسموما الى رجل فأكله فمات وان قدم صبيا الى هدف فأصابه سهم فمات ضمنه لان الرامى كالحافر للبئر والذى قدمه كالملقى فيها فكان الضمان عليه وان ترك على حائط جرة ماء فرمتها الريح على انسان فمات لم يضمنه لانه وضعها فى ملكه ووقعت من غير فعله وان بنى حائطا فى ملكه فمال الحائط الى الطريق ووقع على انسان فقتله ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انه يضمن لانه لما مال الى الطريق لزمه ازالته فاذا لم يزله صار متعديا بتركه فضمن من هلك به كما لو أوقع حائطا مائلا الى الطريق وترك نقضه حتى هلك به انسان والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لا يضمن وهو المذهب لانه بناه فى ملكه ووقع من غير فعله فاشبه اذا وقع من غير ميل

(فصل) وان أخرج جناحا الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن نصف ديته لان بعضه فى ملكه وبعضه خارج عن ملكه فسقط نصف الدية لما فى ملكه وضمن نصفها للخارج عن ملكه وان انكسرت خشبة من الخارج فوقعت على انسان فمات ضمن جميع الدية لانه هلك بالخارج من ملكه وان نصب ميزابا فوقع على انسان فمات به ففيه قولان قال فى القديم لا يضمن لانه مضطر اليه ولا يجد بدا منه بخلاف الجناح وقال فى الجديد يضمن لانه غير مضطر اليه لانه كان يمكنه أن يحفر فى ملكه بئرا يجرى الماء اليها فكان كالجناح

(فصل) وان كان معه دابة فأتلفت انسانا أو مالا بيدها أو رجلها أو فمها أو بالت فى الطريق فزلق ببولها انسان فوقع ومات ضمنه لانها فى يده وتصرفه فكانت جنايتها كجنايته

(فصل) وان اصطدم فارسان أو راجلان وماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر وقال المزنى ان استلقى أحدهما فانكب الآخر على وجهه وجب على المنكب دية المستلقى وهدر دمه لان الظاهر ان المنكب هو القاتل والمستلقى هو المقتول وهذا خطأ لان كل واحد منهما هلك بفعله وفعل صاحبه فهدر النصف بفعله ووجب النصف بفعل صاحبه كما لو جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه ووجه قول المزنى لا يصح لانه يجوز أن يكون المستلقى صدم صدمة شديدة فوقع مستلقيا من شدة صدمته وان ركب صبيان أو أركبهما وليهما واصطدما وماتا فهما كالبالغين وان أركبهما من لا ولاية له عليهما فصدما وماتا وجب على الذى أركبهما دية كل واحد منهما نصفها بسبب ما جنى كل واحد منهما على نفسه والنصف بسبب ما جناه الآخر عليه وان اصطدمت امرأتان حاملان فماتتا ومات جنيناهما كان حكمهما فى ضمانهما حكم الرجلين فاما الجنين فانه يجب على كل واحدة منهما نصف دية جنينها ونصف دية جنين الاخرى لجنايتهما عليهما

(فصل) وان وقف رجل فى ملكه أو فى طريق واسع فصدمه رجل فماتا هدر دم الصادم لانه هلك

(قوله فمن افتات عليه) الافتيات هو الافتعال من فات يفوت أى لم يدرك (قوله وان نصب ميزابا) بالهمز وبغير همز والجمع المآذيب ويقال المزراب (قوله اصطدم) الصدم ضرب الشئ الصلب بمثله قاله الهروى (قوله هدر دمه) يهدر بالكسر هدرا أى بطل وأهدره السلطان أى أبطله والهدف الذى ينصب للرمى وقد ذكر (قوله المكب) هو الواقع على وجهه والمستلقى الواقع على قفاه قال الله تعالى أفمن يمشى مكبا على وجهه

بفعل هو مفرط فيه فسقط ضمانه كالو دخل دار رجل فيها بئر فوقع فيها وتجب دية المصدوم على عاقلة الصادم لانه قتله بصدمة هو متعد فيها وان وقف فى طريق ضيق فصدمه رجل وماتا وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر لان الصادم قتل الواقف بصدمة هو مفرط فيها والمصدوم قتل الصادم بسبب هو مفرط فيه وهو وقوفه فى الطريق الضيق وان قعد فى طريق ضيق فعثر به رجل فماتا كان الحكم فيه كالحكم فى الصادم والمصدوم وقد بيناه

﴿فصل﴾ فان اصطدمت سفينتان وهلكتا ومافيهما فان كان بتفريط من القيمين بان قصرا فى آلتهما أو قدرا على ضبطهما فلم يضبطا أو سيرا فى ريح شديدة لا تسير السفن فى مثلها وان كانت السفينتان ومافيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة مافيها ويهدر النصف وان كانتا لغيرهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة مافيها ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة مافيها لما بيناه فى الفارسين فان كان فى السفن رجال فهلكوا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه فان قصدا الاصطدام وشهد أهل الخبرة ان مثل هذا يوجب التلف وجب على كل واحد منهما القصاص لركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه وان لم يفرطا ففى الضمان قولان أحدهما يجب كما يجب فى اصطدام الفارسين اذا عجزا عن ضبط الفرسين والثانى لا يجب لانها تلفت من غير تفريط منهما فاشبه اذا تلفت بصاعقة واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان اذا لم يكن من جهتهما فعل بأن كانت السفن واقفة فجاءت الريح فقلعتها فاما اذا سيرا ثم جاءت الريح فغلبتهما ثم اصطدما وجب الضمان قولا واحدا لان ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمان كالفارسين وقال أبو اسحق وأبو سعيد القولان فى الحالين وفرقوا بينهما وبين الفارسين لان الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام والقيم لا يمكنه ضبط السفينة فان قلنا انه يجب الضمان كان الحكم فيه كالحكم فيه اذا فرطا الا فى القصاص فانه لا يجب مع عدم التفريط وان قلنا انه لا يجب الضمان نظرت فان كانت السفن ومافيها لهما لم يجب على كل واحد منهما ضمان وان كانت السفن مستأجرة والمتاع الذى فيها أمانة كالوديعة ومال المضاربة لم يضمن لان الجميع أمانة فلا تضمن مع عدم التفريط وان كانت السفن مستأجرة والمتاع الذى فيها يحمل باجرة لم يجب ضمان السفن لانها أمانة وأما المال فهو مال فى يد أجير مشترك فان كان معه صاحبه لم يضمن وان لم يكن معه صاحبه فعلى القولين فى الاجير المشترك وان كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط كان الحكم فى المفرط ماذكرناه اذا كانا مفرطين والحكم فى غير المفرط ماذكرناه اذا كانا غير مفرطين

﴿فصل﴾ اذا كان فى السفينة متاع لرجل فثقلت السفينة فقال رجل لصاحب المتاع ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه فالقاه وجب عليه الضمان وقال أبو ثور لا يجب لانه ضمان مالم يجب وهذا خطأ لان ذلك ليس بضمان لان الضمان يفتقر الى مضمون عنه وليس ههنا مضمون عنه وانما هو استدعاء اتلاف بعوض لغرض صحيح فان قال ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ألف فألقاه لزمه بحصته فان كانوا عشرة لزمه مائة وان كانوا خمسة لزمه مائتان لانه جعل الالف على الجميع فلم يلزمه أكثر من الحصة فان قال أنا ألقيه على أنى وهم ضمناء فألقاه ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه الحصة لما ذكرناه والثانى يجب عليه ضمان الجميع لانه باشر الاتلاف

﴿فصل﴾ فان رمى عشرة نفس حجرا بالمنجنيق فرجع الحجر وقتل أحدهم سقط من ديته العشر ووجب تسعة أعشار الدية على الباقين لانه مات من فعله وفعلهم فهدر بفعله العشر ووجب الباقى على التسعة

(قوله على ضبطهما) ضبط الشئ حفظه بالحزم والرجل ضابط أى حازم ضبط يضبط بالكسر (قوله وان رمى بالمنجنيق) هو آلة يرمى عنها بالحجارة معروفة يقال بفتح الميم وجاء كسرها عن ابن قتيبة وجمعه مجانق وهى معربة وأصلها بالفارسية من جى نيك أى ما أجودنى

﴿فصل﴾

﴿فصل﴾ واذا وقع رجل فى بئر ووقع آخر خلفه من غير جذب ولا دفع فان مات الاول وجبت ديته على الثانى لما روى على بن رباح اللخمى أن بصيرا كان يقود أعمى فوقعا فى بئر فوقع الاعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر رضى الله عنه بعقل البصير على الاعمى فكان الاعمى ينشد فى الموسم

يا أيها الناس لقيت منكرا * هل يعقل الاعمى الصحيح المبصرا

* خرا معا كلاهما تكسرا *

ولان الاول مات بوقوع الثانى عليه فوجبت ديته عليه وان مات الثانى هدرت ديته لانه لا صنع لغيره فى هلاكه وان ماتا جميعا وجبت دية الاول على الثانى وهدرت دية الثانى لما ذكرناه فان جذب الاول الثانى ومات الاول هدرت ديته لانه مات بفعل نفسه وان مات الثانى وجبت ديته على الاول لانه مات بجذبه وان وقع الاول ثم وقع الثانى ثم وقع الثالث فان كان وقوعهم من غير جذب ولا دفع وجبت دية الاول على الثانى والثالث لانه مات بوقوعهما عليه وتجب دية الثانى على الثالث لانه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته وتهدر دية الثالث لانه مات من وقوعه فان جذب بعضهم بعضا بان وقع الاول وجذب الثانى وجذب الثانى الثالث وماتوا وجب للاول نصف الدية على الثانى لانه مات من فعله بجذب الثانى ومن فعل الثانى بجذب الثالث فهدر النصف بفعله ووجب النصف ويجب للثانى نصف الدية على الاول لانه جذبه ويسقط نصفها لانه جذب الثالث ويجب للثالث الدية لانه لا فعل له فى هلاك نفسه وعلى من تجب فيه وجهان أحدهما أنها تجب على الثانى لانه هو الذى جذبه والوجه الثانى أنها تجب على الاول والثانى نصفين لان الثانى جذبه والاول جذب الثانى فاضطره الى جذب الثالث وكان كل واحد منهما سببا فى هلاكه فوجبت الدية عليهما

﴿فصل﴾ وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما على صاحبه انه قصد قتله فجرحه دفعا عن نفسه فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه انه ما قصد قتل صاحبه فاذا حلفا وجب على كل واحد منهما ضمان جرحه لان الجرح قد وجد وما يدعيه كل واحد منهما من قصد الدفع عن نفسه لم يثبت فوجب الضمان

﴿ باب الديات ﴾

دية الحر المسلم مائة من الابل لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وقرئ على أهل اليمن ان فى النفس مائة من الابل فان كانت الدية فى عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وقال أبو ثور دية شبه العمد أخماس عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لانه لما كانت كدية الخطأ فى التأجيل والحمل على العاقلة كانت كدية الخطأ فى التخميس وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال ألا ان دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها وروى مجاهد عن عمر رضى الله عنه أن دية شبه العمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ويخالف الخطأ فانه لم يقصد القتل ولا الجناية فخفف من كل وجه وفى شبه العمد لم يقصد القتل فجعل كالخطأ فى التأجيل والحمل على العاقلة وقصد الجناية فجعل كالعمد فى التغليظ بالاسنان وهل يعتبر فى الخلفات السن مع الحمل فيه قولان أحدهما لا يعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها ولم يفرق والثانى يعتبر أن تكون ثنية فما فوقها لانه أحد أنواع عدد ابل الدية فاختص بسن كالانواع وان كانت فى قتل خطأ وقتل فى غير الحرم وفى غير الاشهر الحرم والمقتول غير ذى رحم محرم للقاتل وجبت دية مخففة أخماس عشرون بنت مخاض

وعلى بن رباح بضم العين وفتح اللام مصغرا وكان يقول لا احل من صغر اسمى (قوله فى الموسم) هو مجتمع الحاج سمى بذلك لانه معلم يجتمع فيه من السمة وهى العلامة (قوله خرا) أى سقطا على وجوههما

وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لما روى أبو عبيدة عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال فى الخطأ عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض وعن سليمان بن يسار انهم كانوا يقولون دية الخطأ مائة من الابل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وان كان القتل فى الحرم أو فى أشهر الحرم وهى ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الاشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية وروى أبو النجيح عن عثمان رضى الله عنه انه قضى فى امرأة قتلت فى الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ستة آلاف الدية والفين للحرم وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى شهر حرام فقال ابن عباس ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكملها عشرين ألفا فان كان القتل فى المدينة ففيه وجهان أحدهما أنه يغلظ لانها كالحرم فى تحريم الصيد فكذلك فى تغليظ الدية والثانى لا تغلظ لانها لا مزية لها على غيرها فى تحريم القتل بخلاف الحرم واختلف قوله فى عمد الصبى والمجنون فقال فى أحد القولين عمدهما خطأ لانه لو كان عمدا لأوجب القصاص فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة والثانى ان عمدهما عمد لانه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة وما يجب فيه الدية من الاطراف فهو كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة لانه كالنفس فى وجوب القصاص والدية فكان كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة

﴿فصل﴾ وتجب الدية من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الدية من القاتل أو العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الزكاة وان كان عند بعض العاقلة من البخاتى وعند البعض من العراب أخذ من كل واحد منهم من الصنف الذى عنده وان اجتمع فى ملك كل واحد منهم صنفان ففيه وجهان أحدهما انه يؤخذ من الصنف الاكثر فان استويا دفع مما شاء منهما والثانى يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه الزكاة وماله أصناف وان لم يكن عند من تجب عليه الدية ابل وجب من غالب ابل البلد فان لم يكن فى البلد ابل وجب من غالب أقرب البلاد اليه كما قلنا فى زكاة الفطر وان كانت ابل من تجب عليه الدية مراضا أو عجافا كلف أن يشترى ابلا صحاحا من الصنف الذى عنده لانه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيه المعيب كقيمة الثوب المتلف وان أراد الجانى دفع العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الولى على قبوله وان أراد الولى أخذ العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الجانى على دفعه لان ماضمن لحق الآدمى ببدل لم يجز الاجبار فيه على دفع العوض ولا على أخذه مع وجوده كذوات الامثال وان تراضيا على العوض جاز لانه بدل متلف فجاز أخذ العوض فيه بالتراضى كالبدل فى سائر المتلفات

﴿فصل﴾ وان أعوزت الابل أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ففيه قولان قال فى القديم يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن فى النفس مائة من الابل وعلى أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفا فعلى هذا ان كان فى قتل يوجب التغليظ غلظ بثلث الدية لما رويناه عن عمر وعثمان وابن عباس فى تغليظ الدية للحرم وقال فى الجديد تجب قيمة الابل بالغة ما بلغت لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه

(قوله فان أعوزت الابل) أعوز الشئ اذا احتاج اليه فلم يقدر عليه وعوز الشئ عوزا اذا لم يوجد ورجل معوز لا شئ عنده والعوز القلة

وسلم

وسلم ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضي الله عنه فقام عمر خطيبا فقال ألا ان الابل قد غلت قال فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة ولان ما ضمن بنوع من المال وتعذر وجبت قيمته كذوات الامثال

﴿فصل﴾ ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ودية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وأما الوثني اذا دخل بأمان وعقدت له هدنة فديته ثلثا عشر دية المسلم لانه كافر لا يحل للمسلم مناكحة أهل دينه فكانت ديته ثلثي عشر دية المسلم كالمجوسي وأما من لم تبلغه الدعوة فانه ان عرف الدين الذي كان متمسكا به وجبت فيه دية أهل دينه وان لم يعرف وجبت فيه دية المجوسي لانه متحقق وما زاد مشكوك فيه فلم يجب وقال أبو اسحق ان كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية أهل ذلك الدين وان كان متمسكا بدين لم يبدل وجبت فيه دية مسلم لانه مولود على الفطرة ولم يظهر منه عناد فكملت ديته كالمسلم والمذهب الاول لانه كافر فلم تكمل ديته كالذمي وان قطع يد ذمي ثم أسلم ومات وجبت فيه دية مسلم لان الاعتبار في الدية بحال استقرار الجناية وهو في حال الاستقرار مسلم وان جرح مسلم مرتدا فأسلم ومات من الجرح لم يضمن وقال الربيع فيه قول آخر انه يضمن لان الجرح استقر وهو مسلم قال أصحابنا هذا من كيس الربيع والمذهب الاول لان الجرح وجد فيما استحق اتلافه فلم يضمن سرايته كالو قطع الامام يد السارق فمات منه

﴿فصل﴾ ودية المرأة نصف دية الرجل لانه روى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم

﴿فصل﴾ ودية الجنين الحر غرة عبد أو أمة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غرة عبد أو أمة فقال حمل بن النابغة الهذلي كيف أغرم من لا أكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما هو من اخوان الكهان من أجل سجعه وان ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ أو بطن امرأة تجد حركة في بطنها فسكنت الحركة لم يجب عليه شيء لانه يمكن أن يكون ريحا فانفشت فلم يجب الضمان مع الشك وان ضرب بطن امرأة فألقت مضغة لم تظهر فيها صورة الآدمي فشهد أربع نسوة أن فيها صورة الآدمي وجبت فيها الغرة لانهن يدركن من ذلك ما لا يدرك غيرهن وان ألقت مضغة لم تتصور فشهد أربع نسوة أنه خلق آدمي ولو بقي لتصور فعلى ما بيناه في كتاب عتق أم الولد وان ضرب بطن امرأة فألقت يدا أو رجلا أو غيرهما من أجزاء الآدمي وجبت عليه الغرة لانا تيقنا أنه من جنين والظاهر أنه تلف من جناية فوجب ضمانه وان ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لانه يجوز أن يكون جنينا برأسين وأربعة أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك وان ضرب بطنها فألقت جنينا فاستهل وتنفس أو شرب اللبن ومات في الحال أو بقي متألما الى أن مات وجبت فيه دية كاملة وقال المزني ان ألقته لدون ستة أشهر ومات ضمنه بالغرة ولا يلزمه دية كاملة لانه لا يتم له حياة وهذا خطأ لانا تيقنا حياته وقد ظهر أنه تلف من جنايته فوجبت فيه دية كاملة وان ألقته حيا وجاء آخر وقتله فان كان فيه حياة مستقرة كان الثاني هو القاتل وجوب القصاص أو الدية كاملة وعلى الاول الضارب وجوب التعزير وان لم يكن فيه حياة مستقرة فالقاتل هو الاول وتلزمه الدية وعلى الثاني الضرب وليس

(قوله أصحاب الحلل) الحلل ههنا الثياب قال أبو عبيد الحلل برود اليمن والحلة ازار ورداء لا يسمى حلة حتى يكون ثوبين (قوله على الفطرة ولم يظهر منه عناد) الفطرة أصل الدين وقد ذكر في السواك والعناد هو الخلاف في الحق وهو يعرفه (قوله ودية الجنين غرة عبد أو أمة) يروى مخفوضا على الاضافة ويروى غرة عبد أو أمة مرفوعا على أن يكون صفة للغرة وغرة المال أكرمه وفلان غرة قومه أي سيدهم والغرة عند العرب أنفس شيء يملك وقال القتيبي سمي غرة لانه أفضل المال وأشهره وسمي الجنين جنينا لانه استجن في البطن أي استتر واختفى وقد ذكر (قوله طعن في السن) أي دخل فيه يطعن بالضم (قوله ومثل ذلك يطل) أي يبطل ويذهب يقال طل دمه أي ذهب هدرا قال الشنفرى ان بالشعب الذي دون سلع * لقتيلا دمه لا يطل والكسائي يجيز طل دمه بفتح الطاء أي بطل وقد روى بطل بالباء بواحدة من تحت (قوله من اخوان الكهان) جمع كاهن معروف الذي يدعي علم الغيب والكاهن العالم بالعربية وانما جعله من اخوان الكهان لاجل سجعه لانهم كانوا يتكلمون بكلام مسجوع والسجع الكلام المقفى

بقائل لان جنايته لم تصادف حياة مستقرة وان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا و بقي زمانا سالما غير متألم ثم مات لم يضمنه لان الظاهر أنه لم يمت من الضرب ولا يلزمه ضمانه وان ضربها فألقت جنينا فاختلج ثم سكن وجبت فيه الغرة دون الدية لانه يجوز أن يكون اختلاجه للحياة ويجوز أن يكون بخروجه من مضيق لان اللحم الطري اذا حصل في مضيق انقبض فاذا خرج منه اختلج فلا تجب فيه الدية الكاملة بالشك

﴿فصل﴾ ولا يقبل في الغرة ماله دون سبع سنين لان الغرة هي الخيار ومن له دون سبع سنين ليس من الخيار بل يحتاج الى من يكفله ولا يقبل الغلام بعد خمس عشرة سنة لانه لا يدخل على النساء ولا الجارية بعد عشرين سنة لانها تتغير وتنقص قيمتها فلم تكن من الخيار ومن أصحابنا من قال يقبل مالم يطعن في السن عبدا كان أو أمة ولا يقبل اذا طعن في السن لانه يستغني بنفسه قبل أن يطعن في السن ولا يستغني اذا طعن في السن ولا يقبل فيه خصي وان كثرت قيمته ولا معيب وان قل عيبه لانه ليس من الخيار ولا يقبل الا ما يساوي نصف عشر الدية لانه روي ذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ولانه لا يمكن ايجاب دية كاملة لانه لم يكمل بالحياة ولا يمكن اسقاط ضمانه لانه خلق بشر فضمن باقل ماقدر به الأرش وهو نصف عشر الدية لانه قدر به أرش الموضحة ودية السن ولا يجبر على قبول غير الغرة مع وجودها كما لا يقبل في دية النفس غير الابل مع وجودها فان أعوزت الغرة وجب خمس من الابل لان الابل هي أصل في الدية فان اعوزت وجبت قيمتها في أحد القولين أو خمسون دينارا أو ستمائة درهم في القول الآخر فان كانت الجناية خطأ وجبت دية مخففة وان كانت عمدا أو عمد خطأ وجبت دية مغلظة كما قلنا في الدية الكاملة وان كان أحد أبويه نصرانيا والآخر مجوسيا وجب فيه نصف عشر دية نصراني لان في الضمان اذا وجد في أحد أبويه ما يوجب وفي الآخر ما يسقط غلب الايجاب وهذا والقتل المحرم صيدا متولدا بين مأكول وغير مأكول وجب عليه الجزاء وان ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصراني ثم أسلمت ثم ألقت جنينا ميتا وجب فيه نصف عشر دية مسلم لان الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية والجنين مسلم عند استقرار الجناية فوجب فيه نصف عشر دية مسلم وما يجب في الجنين يرثه ورثته لانه بدل حر فورث عنه كدية غيره

(قوله ألقت جنينا فاختلج) أي تحرك واضطرب

﴿باب أروش الجنايات﴾

والجنايات التي توجب الأروش ضربان جروح وأعضاء فأما الجروح فضربان شجاج في الرأس والوجه وجروح فيما سواهما من البدن فأما الشجاج فهي عشر الحارصة وهي التي تكشط الجلد والدامية وهي التي يخرج منها الدم والباضعة وهي التي تشق اللحم والمتلاحمة وهي التي تنزل في اللحم والسمحاق وهي التي تسميها أهل البلد الملطاط وهي التي تستوعب اللحم الى أن تبقى غشاوة رقيقة فوق العظم والموضحة وهي التي تكشف عن العظم والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وتسمى أيضا المنقولة وهي التي تنقل العظم من مكان الى مكان والمأمومة وتسمى أيضا الآمة وهي التي تصل الى أم الرأس وهي جلدة رقيقة تحيط بالدماغ والدامغة وهي التي تصل الى الدماغ

﴿فصل﴾ والذي يجب فيه أرش مقدر من هذه الشجاج أربع وهي الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة فأما الموضحة فالواجب فيها خمس من الابل لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وفي الموضحة خمس من الابل ويجب ذلك في الصغيرة والكبيرة وفي البارزة والمستورة بالشعر لان اسم الموضحة يقع على الجميع وان أوضحه موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين لانهما

موضحتان وان أزال الحاجز بينهما وجب أرش موضحة لانه صار الجميع بفعله موضحة واحدة فصار كما لو أوضح الجميع من غير حاجز وان تأكل ما بينهما وجب أرش موضحة واحدة لان سراية فعله كفعله وان أزال المجني عليه الحاجز وجب على الجاني أرش الموضحتين لان ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره وان جاء آخر فأزال الحاجز وجب على الاول أرش الموضحتين وعلى الآخر أرش موضحة لان فعل أحدهما لا يبنى على الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذي بينهما في الباطن وترك الجلد الذي فوقهما ففيه وجهان أحدهما يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما في الظاهر والثاني يلزمه أرش موضحة لاتصالهما في الباطن وان شج رأسه شجة واحدة بعضها موضحة وبعضها باضعة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة لانه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة فلان لا يلزمه والايضاح في البعض أولى وان أوضح جميع رأسه وقدره عشرون اصبعا ورأس الجاني خمس عشرة اصبعا فاقتص في جميع رأسه وأخذ عن الربع الباقي ربع أرش موضحة وخرج أبو على بن أبي هريرة وجها آخر انه يأخذ عن الباقي أرش موضحة لان هذا القدر لو انفرد لوجب فيه أرش موضحة وهذا خطأ لانه اذا انفرد كان موضحة فوجب أرشها وههنا هو بعض موضحة فلم يجب فيه الا ما يخصه

(فصل) ويجب في الهاشمة عشر من الابل لما روى قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت أنه قال في الهاشمة عشر من الابل وان ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير ايضاح ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي على بن أبي هريرة أنه تجب فيه الحكومة لانه كسر عظم من غير ايضاح فأوجب الحكومة ككسر عظم الساق والثاني وهو قول أبي اسحق أنه يجب فيه خمس من الابل وهو الصحيح لانه لو أوضحه وهشمه وجب عليه عشر من الابل فدل على ان الخمس الزائدة لاجل الهاشمة وقد وجدت الهاشمة فوجب فيها الخمس وان هشم هاشمتين بينهما حاجز وجب عليه أرش هاشمتين كما قلنا في الموضحتين

(فصل) ويجب في المنقلة خمس عشرة من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن في المنقلة خمس عشرة من الابل وان أوضح رأسه موضحة ونزل فيها الى الوجه ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه أرش موضحتين لانه أوضح في عضوين فوجب أرش موضحتين كما لو فصل بينهما والثاني يجب أرش موضحة لانها موضحة واحدة فاشبه اذا أوضح في الهامة موضحة ونزل فيها الى الناصية وان أوضح في الرأس موضحة ونزل فيها الى القفا وجب عليه أرش الموضحة في الرأس ويجب عليه حكومة في الجراحة في القفا لانه ليس بمحل للموضحة فانفرد الجرح فيه بالضمان

(فصل) ويجب في المأمومة ثلث الدية لما روى عكرمة بن خالد أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المأمومة بثلث الدية وأما الدامغة فقد قال بعض أصحابنا يجب فيها ما يجب في المأمومة وقال أقضى القضاة أبو الحسن الماوردي البصري يجب عليه أرش المأمومة وحكومة لان خرق الجلد جناية بعد المأمومة فوجب لاجلها حكومة

(فصل) وان شج رأس رجل موضحة فجاء آخر فجعلها هاشمة وجاء آخر فجعلها منقلة وجاء آخر فجعلها مأمومة وجب على الاول خمس من الابل وعلى الثاني خمس [illegible] وعلى الرابع [illegible] عشر بعيرا وثلث لان ذلك جميعه [illegible]

(فصل) وان شج شجة في قبل [illegible] الموضحة وهي [illegible] والمتلاحمة والسمحاق ويعرف [illegible] فان أمكن معرفة قدر [illegible] من موضحة [illegible] في رأس موضحة فشج رجل

بجنبها باضعة أو متلاحمة وعرف قدر عمقها ومقدارها من الموضحة من نصف أو ثلث أو ربع وجب عليه قدر ذلك من أرش الموضحة لانه يمكن تقدير أرشها بنفسها فلم تقدر بغيرها وان لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة وجبت فيها الحكومة لان تقدير الارش بالشرع ولم يرد الشرع بتقدير الأرش فيما دون الموضحة وتعذر معرفة قدرها من الموضحة فوجبت فيها الحكومة

﴿فصل﴾ وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه فضربان جائفة وغير جائفة فأما غير الجائفة فهي الجراحات التي لا تصل الى جوف والواجب فيها الحكومة فان أوضح عظما في غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لانها لا تشارك نظائرها من الشجاج التي في الرأس والوجه في الاسم ولا تساويها في الشين والخوف عليه منها فلم تساوها في تقدير الارش وأما الجائفة وهي التي تصل الى الجوف من البطن أو الظهر أو الورك أو الصدر أو ثغرة النحر فالواجب فيها ثلث الدية لما روى في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن في الجائفة ثلث الدية فان أجاف جائفتين بينهما حاجز وجب في كل واحدة منهما ثلث الدية وان أجاف جائفة فجاء آخر ووسعها في الظاهر والباطن وجب على الثاني ثلث الدية لان هذا القدر لو انفرد لكان جائفة فوجب فيه ارش الجائفة فان وسعها في الظاهر دون الباطن أو في الباطن دون الظاهر وجب عليه حكومة لان جنايته لم تبلغ الجائفة وان جرح فخذه وجر السكين حتى بلغ الورك وأجاف فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر وأجاف فيه وجب عليه ارش الجائفة وحكومة في الجراحة لان الجراحة في غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما قلنا فيمن نزل في موضحة الرأس الى القفا وان طعن بطنه بسنان فأخرجه من ظهره أو طعن ظهره فأخرجه من بطنه وجب عليه في الداخل الى الجوف ارش الجائفة لانها جائفة وفي الخارج منه الى الظاهر وجهان أحدهما وهو المنصوص انه جائفة ويجب فيها ارش جائفة أخرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر رضي الله عنه قضى في الجائفة اذا نفذت من الجوف جائفتان ولانها جراحة نافذة الى الجوف فوجب فيها ارش جائفة كالداخلة الى الجوف والثاني ليس بجائفة ويجب فيها حكومة لان الجائفة ما تصل من الظاهر الى الجوف وهذه خرجت من الجوف الى الظاهر فوجب فيها حكومة

﴿فصل﴾ وان طعن وجنته فهشم العظم ووصلت الى الفم ففيه قولان أحدهما انها جائفة ويجب فيها ثلث الدية لانها جراحة من ظاهر الى جوف فأشبهت الجراحة الواصلة الى الباطن والثاني انه ليس بجائفة لانه لا تشارك الجائفة في اطلاق الاسم ولا تساويها في الخوف عليه منها فلم تساوها في ارشها فعلى هذا يجب عليه دية هاشمة لانه هشم العظم ويجب عليه حكومة لما زاد على الهاشمة

﴿فصل﴾ وان خاط الجائفة فجاء رجل وفتق الخياطة نظرت فان كان قبل الالتحام لم يلزمه ارش لانه لم توجد منه جناية ويلزمه قيمة الخيط وأجرة المثل للخياطة وان كان بعد التحام الجميع لزمه ارش جائفة لانه بالالتحام عاد الى ما كان قبل الجناية ويلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لانها دخلت في ارش الجائفة وان كان بعد التحام بعضها لزمه الحكومة لجنايته على ما التحم وتلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لانها دخلت في الحكومة

﴿فصل﴾ وان أدخل خشبة أو حديدة في دبر انسان فخرق حاجزا في الباطن ففيه وجهان بناء على الوجهين فيمن خرق الحاجز بين الموضحتين في الباطن أحدهما يلزمه ارش جائفة لانه خرق حاجزا الى الجوف والثاني تلزمه حكومة لبقاء الحاجز الظاهر

﴿فصل﴾ وان أذهب بكارة امرأة بخشبة أو نحوها لزمته حكومة لانه اتلاف حاجز وليس فيه ارش

مقدر

مقدر فوجبت فيه الحكومة وان أذهبها بالوطء لم يلزمه ارش لانها ان طاوعته فقد أذنت فيه وان أكرهها دخل ارشها في المهر لانا نوجب عليه مهر بكر

﴿فصل﴾ وأما الاعضاء فيجب الارش في اتلاف كل عضو فيه منفعة أو جمال فيجب في اتلاف العينين الدية وفي أحدهما نصفها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في كتاب كتبه لعمرو بن حزم هذا كتاب الجروح في النفس مائة من الابل وفي العين خمسون من الابل فأوجب في كل عين خمسين من الابل فدل على انه يجب في العينين مائة ولانهما من أعظم الجوارح جمالا ومنفعة ويجب في عين الاعور نصف الدية للخبر ولان ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد وان جنى على عينيه أو رأسه أو غيرهما فاذهب ضوء العينين وجبت الدية لانه أتلف المنفعة المقصودة بالعضو فوجبت ديته كما لو جنى على يده فشلت وان ذهب الضوء من احداهما وجب نصف الدية لان ما أوجب الدية في اتلافهما أوجب نصف الدية في اتلاف احداهما كاليدين وان أزال الضوء فاخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية لانه لما عاد علمنا أنه لم يذهب لان الضوء اذا ذهب لم يعد وان زال الضوء فشهد عدلان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده فان لم يقدر لعوده مدة معلومة لم ينتظر لان الانتظار الى غير مدة معلومة يؤدي الى اسقاط موجب الجناية وان قدرا مدة معلومة انتظر وان عاد الضوء لم يجب شيء وان لم يعد أخذ الجاني بموجب الجناية من القصاص أو الدية وان مات قبل انقضاء المدة لم يجب القصاص لانه موضع شبهة لانه يجوز أن لا يكون بطل الضوء ولعله لو عاش لعاد والقصاص يسقط بالشبهة وأما الدية فقد قال فيمن قلع سنا وقال أهل الخبرة يرجى عوده الى مدة فمات قبل انقضائها ان في الدية قولين أحدهما تجب لانه أتلف ولم يعد والثاني لا تجب لانه لم يتحقق الاتلاف ولعله لو بقي لعاد فمن أصحابنا من جعل في دية الضوء قولين ومنهم من قال تجب دية الضوء قولا واحدا لان عود الضوء غير معهود بخلاف السن فان عودها معهود

﴿فصل﴾ فان جنى على عينيه فنقص الضوء منهما فان عرف مقدار النقصان بان كان يرى الشخص من مسافة فصار لا يراه الا من نصف تلك المسافة وجب من الدية بقسطها لانه عرف مقدار ما نقص فوجب بقسطه وان لم يعرف قدر النقصان بان ساء ادراكه وجبت فيه الحكومة لانه تعذر التقدير فوجبت فيه الحكومة وان نقص الضوء في احدى العينين عصبت العليلة وأطلقت الصحيحة ووقف له شخص في موضع يراه ثم لا يزال يبعد الشخص ويسأل عنه الى ان يقول لا أراه ويمسح قدر المسافة ثم تطلق العليلة وتعصب الصحيحة ولا يزال يقرب الشخص الى ان يراه ثم ينظر ما بين المسافتين فيجب من الدية بقسطها

﴿فصل﴾ وان جنى على عين صبي أو مجنون فذهب ضوء عينه وقال أهل الخبرة قد زال الضوء ولا يعود ففيه قولان أحدهما انه لا يجب عليه في الحال شيء حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويدعي زوال الضوء لجواز أن لا يكون الضوء زائلا والقول الثاني انه يجب القصاص أو الدية لان الجناية قد وجدت فتعلق بها موجبها

﴿فصل﴾ وان جنى على عين فشخصت أو احولت وجبت عليه حكومة لانه نقصان جمال من غير منفعة فضمن بالحكومة وان أتلف عينا قائمة وجبت عليه الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيها الحكومة

﴿فصل﴾ ويجب في الجفون الدية لان فيها جمالا كاملا ومنفعة كاملة لانها تقي العين من كل ما يؤذيها ويجب في كل واحد منها ربع الدية لانه محدود لانه ذو عدد تجب الدية في جميعه فوجب في كل واحد منها

(قوله وان جنى على عين فشخصت) يقال شخص بصره اذا فتح عينه وجعل لا يطرف

مايخصها من الدية كالاصابع وان قلع الاجفان والعينين وجب عليه ديتان لانهما جنسان يجب باتلاف كل واحد منهما الدية فوجب باتلافهما ديتان كاليدين والرجلين فان أتلف الاهداب وجبت عليه الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فضمن بحكومة وان قلع الاجفان وعليها الاهداب ففيه وجهان أحدهما لايجب للاهداب حكومة لانه شعر نابت فى العضو المتلف فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع والثانى يجب للاهداب حكومة لان فيها جمالا ظاهرا فافردت عن العضو بالضمان

(فصل) ويجب فى الاذنين الدية وفى أحدهما نصفها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم فى الاذن خمسون من الابل فاوجب فى الاذن خمسين من الابل فدل على انه يجب فى الاذنين مائة ولان فيهما جمالا ظاهرا ومنفعة مقصودة وهو انها تجمع الصوت وتوصله الى الدماغ فوجب فيهما الدية كالعين وان قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه من الدية بقسطه لان ماوجبت الدية فيه وجبت فى بعضه بقسطه كالاصابع وان ضرب أذنه فاستحشفت ففيه قولان أحدهما تجب عليه الدية كما لو ضرب يده فشلت والثانى تجب عليه الحكومة لان منفعة الاذن جمع الصوت وذلك لا يزول بالاستحشاف بخلاف اليد فان منفعتها بالبطش وذلك يزول بالشلل وان قطع أذنا مستحشفا فان قلنا انه اذا ضربها فاستحشفت وجبت عليه الدية وجب فى المستحشفة الحكومة كما لو قطع يدا شلاء وان قلنا انه تجب عليه الحكومة وجب فى المستحشفة الدية كما لو قطع يدا مجروحة فان قطع اذن الاصم وجبت عليه الدية لان عدم السمع نقص فى غير الاذن فلا يؤثر فى دية الاذن

(فصل) ويجب فى السمع الدية لما روى أبو المهلب عن أبى قلابة ان رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات والرجل حى ولانها حاسة تختص بمنفعة فاشبهت حاسة البصر وان أذهب السمع فى أحد الاذنين وجب نصف الدية لان كل شيئين وجبت الدية فيهما وجب نصفها فى أحدهما كالاذنين وان قطع الاذنين وذهب السمع وجب عليه ديتان لان السمع فى غير الاذن فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر وان جنى عليه فزال السمع وأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية لانه لم يذهب السمع لانه لو ذهب لما عاد وان ذهب السمع فشهد شاهدان من أهل الخبرة انه يرجى عوده الى مدة فالحكم فيه كالحكم فى العين اذا ذهب ضوءها فشهد شاهدان انه يرجى عوده وقد بيناه وان نقص السمع وجب أرش ما نقص فان عرف القدر الذى نقص بان كان يسمع الصوت من مسافة فصار لا يسمع لامن بعضها وجب فيه من الدية بقسطه وان لم يعرف القدر بان ثقلت أذنه وساء سمعه وجبت الحكومة وان نقص السمع فى أحد الاذنين سدت العليلة وأطلقت الصحيحة ويؤمر رجل حتى يصيح من موضع يسمعه ثم لا يزال يبعد ويصيح الى ان يقول لا أسمع ثم تمسح المسافة ثم تطلق العليلة وتسد الصحيحة ثم يصيح الرجل ثم لا يزال يقرب ويصيح الى ان يسمعه وينظر ما بين المسافتين ويجب من الدية بقسطه

(فصل) ويجب فى مارن الانف الدية لما روى طاوس قال كان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الانف اذا أوعب مارنه جدعا الدية ولانه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة ولانه يجمع الشم ويمنع من وصول التراب الى الدماغ والاخشم كالاشم فى وجوب الدية لان عدم الشم نقص فى غير الانف فلا يؤثر فى دية الانف ويخالف العين القائمة فان عدم البصر نقص فى العين فمنع من وجوب الدية فى العين وان قطع جزأ من المارن كالنصف والثلث وجب فيه من الدية بقدره لان ماضمن بالدية يضمن بعضه بقدره من الدية كالأصابع وان قطع أحد المنخرين ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص ان عليه نصف الدية لانه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة والثانى يجب عليه ثلث الدية لان المارن يشتمل

على

(قوله الاهداب) جمع هدب وهو شعر جفن العين يقال هدب وهدب (قوله فاستحشفت) أى يبست وانقبضت كهيئة الجلد اذا ترك على النار مأخوذ من حشف التمر وهو شراره الذى يبس قبل ادراكه فلا يكون فيه لحم ولا طعم (قوله اذا أوعب مارنه جدعا) أوعب واستوعب استؤصل واستقصى والمارن مالان من الانف والجدع قطع الانف وقطع الاذن

على ثلاثة أشياء المنخرين والحاجز فوجب في كل واحد من المنخرين ثلث الدية وإن قطع أحد المنخرين والحاجز وجب عليه على الوجه الاول نصف الدية للحاجز وعلى الوجه الثاني يجب عليه ثلثا الدية ثلث للحاجز وثلث للمنخر وإن شق الحاجز وجب عليه حكومة وإن قطع المارن وقصبة الانف وجب عليه الدية في المارن والحكومة في القصبة لان القصبة تابعة فوجب فيها الحكومة كالذراع مع الكف وإن جنى على المارن فاستحشف ففيه قولان كالقولين فيمن جنى على الاذن حتى استحشف أحدهما تجب عليه الدية والثاني تجب عليه الحكومة وقد مضى وجههما في الاذن

(فصل) وتجب باتلاف الشم الدية لانها حاسة تختص بمنفعة مقصودة فوجب باتلافها الدية كالسمع والبصر وإن ذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب في اذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الاذنين وإن جنى عليه فنقص الشم وجب عليه أرش ما نقص وإن أمكن أن يعرف قدر ما نقص وجب فيه من الدية بقدره وإن لم يمكن معرفة قدره وجبت فيه الحكومة لما بيناه في نقصان السمع وإن ذهب الشم وأخذت فيه الدية ثم عاد وجب رد الدية لانا تبينا انه لم يذهب وإنما حال دونه حائل لانه لو ذهب لم يعد

(فصل) وإن جنى على رجل جناية لا أرش لها بأن لطمه أو لكمه أو ضرب رأسه بحجر فزال عقله وجب عليه الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم وفي العقل الدية ولان العقل أشرف من الحواس لان به يتميز الانسان من البهيمة وبه يعرف حقائق المعلومات ويدخل في التكليف فكان بإيجاب الدية أحق وإن نقص عقله فان كان يعرف قدر ما نقص بأن يجن يوما ويفيق يوما وجب عليه من الدية بقدره لان ما وجبت فيه الدية وجب بعضها في بعضه كالاصابع وإن لم يعرف قدره بأن صار اذا سمع صيحة زال عقله ثم يعود وجبت فيه الحكومة لانه تعذر إيجاب جزء مقدر من الدية فعدل الى الحكومة فإن كانت الجناية لها أرش مقدر نظرت فإن بلغ الارش قدر الدية أو أكثر لم يدخل في دية العقل ولم تدخل فيه دية العقل لما روى أبو المهلب عم أبي قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب عقله وسمعه ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر رضي الله عنه بأربع ديات وهو حي وإن كان الارش دون الدية كارش الموضحة ونحوه ففيه قولان قال في القديم يدخل في دية العقل لانه معنى يزول التكليف بزواله فدخل أرش الطرف في ديته كالنفس وقال في الجديد لا يدخل وهو الصحيح لانه لو دخل في ديته ما دون الدية لدخلت فيها الدية كالنفس ولان العقل في محل والجناية في محل آخر فلا يدخل ارشها في ديتها كما لو أوضح رأسه فذهب بصره وإن شهر سيفا على صبي أو بالغ مضعوف أو صاح عليه صيحة عظيمة فزال عقله وجبت عليه الدية لان ذلك سبب لزوال عقله وإن شهر سيفا على بالغ متيقظ أو صاح عليه فزال عقله لم تجب عليه الدية لان ذلك ليس بسبب لزوال عقله

(فصل) ويجب في الشفتين الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم في الشفتين الدية ولان فيهما جمالا ظاهرا ومنافع كثيرة لانهما يقيان الفم من كل ما يؤذيه ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام ويجب في احداهما نصف الدية لان كل شيئين وجب فيهما الدية وجب في أحدهما نصف الدية كالعينين والاذنين وإن قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره كما قلنا في الاذن والمارن وإن جنى عليهما فيبستا وجبت عليه الدية لانه أتلف منفعتهما فوجبت عليه الدية كما لو جنى على يديه فشلتا فإن تقلصتا وجبت عليه الحكومة لان منفعتهما لم تبطل وإنما حدث بهما نقص

(فصل) ويجب في اللسان الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم وفي

(قوله مضعوف) يعني ضعيف العقل (قوله فإن تقلصتا) أي ارتفعتا عن الاسنان يقال قلص وتقلص فهو قالص وقلص بمعنى مخفف ومشدد وقالصت شفته أي انزوت وشفة قالصة وقال في البيان بحيث لا ينبسطان ولا تنقبض احداهما على الاخرى

اللسان الدية ولان فيه جمالا ظاهرا ومنافع فأما الجمال فانه من أحسن ما يتجمل به الانسان والدليل
عليه ماروى محمد بن على بن الحسين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعباس أعجبنى جمالك ياعم النبى فقال
يارسول الله وما الجمال فى الرجل قال اللسان ويقال المرء باصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الانسان لولا
اللسان الا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة وأما المنافع فانه يبلغ به الاغراض ويقضى به الحاجات وبه تتم
العبادات فى القراءة والاذكار وبه يعرف ذوق الطعام والشراب ويستعين به فى مضغ الطعام وان جنى
عليه فخرس وجبت عليه الدية لانه أتلف عليه المنفعة المقصودة فاشبه اذا جنى على اليد فشلت أو على
العين فعميت وان ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدره لان ماضمن جميعه بالدية ضمن بعضه
ببعضها كالاصابع ويقسم على حروف كلامه لان حروف اللغات مختلفة الاعداد فان فى بعض اللغات
ماعدد حروف كلامها أحد وعشرون حرفا ومنها ماعدد حروفها ستة وعشرون وحروف لغة العرب
ثمانية وعشرون حرفا فان كان المجنى عليه يتكلم بالعربية قسمت ديته على ثمانية وعشرين حرفا
وقال أبو سعيد الاصطخرى يقسم على حروف اللسان وهى ثمانية عشر حرفا ويسقط حروف الحلق
وهى ستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين ويسقط حروف الشفة وهى أربعة الباء والميم والفاء
والواو والمذهب الاول لان هذه الحروف وان كان مخرجها الحلق والشفة الا أن الذى ينطق بها هو
اللسان ولهذا لاينطق بها الاخرس وان ذهب حرف من كلامه وعجز به عن كلمة وجب عليه أرش الحرف
لان الضمان يجب لما أتلف وان جنى على لسانه فصار ألثغ وجب عليه دية الحرف الذى ذهب لان
ما ابتدل به لايقوم مقام الذاهب وان جنى عليه فحصل فى لسانه ثقل لم يكن أو عجلة لم تكن أو تمتمة لم تجب
عليه دية لان المنفعة باقية وتجب عليه حكومة لما حصل من النقص والشين

(فصل) وان قطع ربع لسانه فذهب ربع كلامه وجب عليه ربع الدية وان قطع نصف لسانه وذهب
نصف كلامه وجب عليه نصف الدية لان الذى فات من العضو والكلام سواء فى القدر فوجب من
الدية بقدر ذلك فان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب عليه نصف الدية وان قطع نصف
اللسان وذهب ربع الكلام وجب عليه نصف الدية واختلف أصحابنا فى علته فنهم من قال العلة فيه
ان مايتلف من اللسان مضمون وما يذهب من الكلام مضمون وقد اجتمعا فوجب أكثرهما وقال
أبو اسحق الاعتبار باللسان الا انه اذا قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام دل ذهاب نصف الكلام
على شلل ربع آخر من اللسان فوجب عليه نصف الدية ربعها بالقطع وربعها بالشلل فان قطع ربع اللسان
وذهب نصف الكلام وقطع آخر مابقى من اللسان وجب عليه على تعليل الاول ثلاثة ارباع الدية اعتبارا
بما بقى من اللسان ويجب عليه على تعليل أبى اسحق نصف الدية وحكومة لانه قطع من اللسان نصفا
صحيحا وربعا أشل وان قطع واحد نصف لسانه وذهب ربع الكلام وجاء الثانى وقطع الباقى وجب عليه
على تعليل الاول ثلاثة أرباع الدية اعتبارا بما ذهب من الكلام ويجب عليه على تعليل أبى اسحق
نصف الدية اعتبارا بما قطع من اللسان وان قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه فاقتص منه فذهب
نصف كلامه فقد استوفى المجنى عليه حقه وان ذهب ربع كلامه أخذ المجنى عليه مع القصاص ربع الدية
لتمام حقه فان ذهب بالقصاص ثلاثة أرباع كلامه لم يضمن الزيادة لانه ذهب بقود مستحق

(فصل) وان كان لرجل لسان له طرفان فقطع رجل أحد الطرفين فذهب كلامه وجبت عليه الدية
وان ذهب نصفه وجب عليه نصف الدية وان ذهب ربعه وجب عليه ربع الدية وان لم يذهب من الكلام
شئ نظرت فان كانا متساويين فى الخلقة فهما كاللسان المشقوق ويجب بقطعهما الدية ويقطع أحدهما
نصف الدية وان كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقص الخلقة فالتام هو اللسان الاصلى والآخر خلقة زائدة

(قوله بهيمة مهملة) أى بلا راع يقال ابل همل بالتحريك وهاملة وهوامل وتركتها هملا أى سدى اذا تركتها ليلا ونهارا بلا راع (قوله فصار ألثغ) اللثغة فى اللسان أن يصير الراء غينا أولاما أوسينا وقد لثغ بالكسر يلثغ لثغا فهو ألثغ وقد ذكروا التمتمة التعثر فى التاء وقد ذكرت واللثة بكسر اللام والتخفيف ماحول الاسنان وأصلها لثى والهاء عوض من الياء وجمعها لثات ولثى والسنخ الاصل وأسناخ الاسنان أصولها

فان قطعهما قاطع وجب عليه دية وحكومة وان قطع التام وجبت عليه دية وان قطع الناقص وجبت عليه حكومة

﴿فصل﴾ وان جنى على لسانه فذهب ذوقه فلا يحس بشئ من المذاق وهى خمسة الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة وجبت عليه الدية لانه أتلف عليه حاسة لمنفعة مقصودة فوجبت عليه الدية كما لو أتلف عليه السمع أو البصر وان نقص بعض الذوق نظرت فان كان النقصان لا يتقدر بان كان يحس بالمذاق الخمس الا انه لا يدركها على كمالها وجبت عليه الحكومة لانه نقص لا يمكن تقدير الارش فيه فوجبت فيه حكومة وان كان نقصا يتقدر بان لا يدرك أحد المذاق الخمس ويدرك الباقى وجب عليه خمس الدية وان لم يدرك اثنين وجب عليه خمسان لانه يتقدر المتلف فيقدر الارش

﴿فصل﴾ وان قطع لسان أخرس فان كان بقى بعد القطع ذوقه وجبت عليه الحكومة لانه عضو بطلت منفعته فضمن بالحكومة كالعين القائمة واليد الشلاء وان ذهب ذوقه بالقطع وجبت عليه دية كاملة لاتلاف حاسة الذوق وان قطع لسان طفل فان كان قد تحرك بالبكاء أو بما يعبر عنه اللسان كقوله بابا وماما وجبت عليه الدية لانه لسان ناطق وان لم يكن تحرك بالبكاء ولا بما يعبر عنه اللسان فان كان بلغ حدا يتحرك اللسان فيه بالبكاء والكلام وجبت الحكومة لان الظاهر انه لم يكن ناطقا لانه لو كان ناطقا لتحرك بما يدل عليه وان قطعه قبل ان يمضى عليه زمان يتحرك فيه اللسان وجبت عليه الدية لان الظاهر السلامة فضمن كما تضمن أطرافه وان لم يظهر فيها بطش

﴿فصل﴾ وان قطع لسان رجل فقضى عليه بالدية ثم نبت لسانه فقد قال فيمن قلع سن من ثغر ثم نبت سنه أنه على قولين أحدهما يرد الدية والثانى لا يرد فمن أصحابنا من جعل اللسان أيضا على قولين وهو قول أبى اسحق لانه اذا كان فى السن التى لا تنبت فى العادة اذا نبتت قولان وجب أن يكون فى اللسان أيضا قولان ومنهم من قال لا يرد الدية فى اللسان قولا واحدا وهو قول أبى على بن أبى هريرة والفرق بينه وبين السن أن فى جنس السن ما يعود وليس فى جنس اللسان ما يعود فوجب أن يكون ما عاد هبة مجددة فلم يسقط به بدل ما أتلف عليه وان جنى على لسانه فذهب كلامه وقضى عليه بالدية ثم عاد الكلام وجب رد الدية قولا واحدا لان الكلام اذا ذهب لم يعد فلما عاد علمنا أنه لم يذهب وانما امتنع لعارض

﴿فصل﴾ ويجب فى كل سن خمس من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن وفى السن خمس من الابل والانياب والاضراس والثنايا والرباعيات فى ذلك سواء للخبر ولانه جنس ذو عدد فلم تختلف ديته باختلاف منافعها كالاصابع وان قلع ما ظهر وخرج من لحم اللثة وبقى السنخ لزمه دية السن لان المنفعة والجمال فيما ظهر فكملت ديته كما لو قطع الاصابع دون الكف فان عاد هو أو غيره وقلع السنخ المغيب وجبت عليه حكومة لانه تابع لما ظهر فوجبت فيه الحكومة كما لو قطع الكف بعد ما قطع الاصابع وان قلع السن من أصلها مع السنخ لم يلزمه لما تحتها من السنخ حكومة لان السنخ تابع لما ظهر فدخل فى ديته كالكف اذا قطع مع الاصابع وان كسر بعض السن طولا أو عرضا وجب عليه من دية السن بقدر ما كسر منه من النصف أو الثلث أو الربع لان ما وجب فى جميعه الدية وجب فى بعضه من الدية بقدره كالاصابع ويعتبر القدر من الظاهر دون السنخ المغيب لان الدية تكمل بقطع الظاهر فيعتبر المكسور منه دون الظاهر السنخ المغيب فيعتبر القدر المكسور مما كان ظاهرا قبل [illegible] لان الدية تجب فيما كان ظاهرا فاعتبر قدر المكسور منه

(فصل) وان قلع سنا فيها شق أو أكلة فان لم يذهب شئ من أجزائها وجبت فيها دية السن كاليد المريضة وان ذهب من أجزائها شئ سقط من ديتها بقدر الذاهب ووجب الباقي فان كانت احدى ثنيتيه العليا وين أو السفلاوين أقصر من الأخرى فقلع القصيرة نقص من ديتها بقدر ما نقص منها لانهما لا يختلفان في العادة فاذا اختلفا كانت القصيرة ناقصة فلم تكمل ديتها وان قلع سنا مضطربة نظرت فان كانت منافعها باقية مع حركتها من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت فيها الدية لبقاء المنفعة والجمال وان ذهبت منافعها وجبت فيها الحكومة لانه لم يبق غير الجمال فلم يجب غير الحكومة كاليد الشلاء وان نقصت منافعها فذهب بعضها وبقي البعض ففيه قولان أحدهما يجب فيها الدية لان الجمال تام والمنفعة باقية وان كانت ضعيفة فكملت ديتها كما لو كانت ضعيفة من أصل الخلقة والثاني يجب فيها الحكومة لان المنفعة قد نقصت ويجهل قدر الناقص فوجب فيها الحكومة وان ضرب سنه فاصفرت أو احمرت وجبت فيها الحكومة لان منافعها باقية وانما نقص بعض جمالها فوجب فيها الحكومة فان ضربها فاسودت فقد قال في موضع تجب فيها الحكومة وقال في موضع تجب الدية وليست على قولين وانما هي على اختلاف حالين فالذي قال تجب فيها الدية اذا ذهبت المنفعة والذي قال تجب فيها الحكومة اذا لم تذهب المنفعه وذكر المزني أنها على قولين واختار أنه يجب فيها الحكومة والصحيح هو الطريق الاول

(فصل) واذا قلع أسنان رجل كلها نظرت فان قلع واحدة بعد واحدة وجب لكل سن خمس من الابل فيجب في أسنانه وهي اثنان وثلاثون سنا مائة وستون بعيرا وان قلعها في دفعة واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب عليه أكثر من دية لانه جنس ذو عدد فلم يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين والثاني أنه يجب في كل سن خمس من الابل وهو المذهب لحديث عمرو بن حزم ولان ما ضمن ديته بالجناية اذا انفرد لم تنقص ديته بانضمام غيره اليه كالموضحة

(فصل) اذا قلع سن صغير لم يثغر لم يلزمه شئ في الحال لان العادة في سنه أن يعود وينبت فلم يلزمه شئ في الحال كما لو نتف شعره فان نبت له مثلها في مكانها لم يلزمه ديتها وهل تلزمه حكومة فيه وجهان أحدهما لا تلزمه كما لو نتف شعره فنبت مثله والثاني تلزمه حكومة الجرح الذي حصل بالقلع وان لم تنبت له ووقع الاياس من نباتها وجبت ديتها لانا تحققنا اتلاف السن وان مات قبل الاياس من نباتها ففيه قولان أحدهما يجب عليه دية السن لانه قلع سنا لم تعد والثاني لا يجب لان الظاهر انها تعود وانما مات بموته وان نبتت له سن خارجة عن صف الاسنان فان كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت ديتها وان كانت بحيث ينتفع بها وجبت الحكومة للشين الحاصل بخروجها عن سمت الاسنان فان نبتت أقصر من نظيرتها وجب عليه من ديتها بقدر ما نقص لانه نقص بجنايته فصار كما لو كسر بعض سن وان نبتت أطول منها فقد قال بعض أصحابنا لا يلزمه شئ وان حصل بها شين لان الزيادة لا تكون من الجناية قال الشيخ الامام ويحتمل عندي أنه تلزمه الحكومة للشين الحاصل بطولها كما تلزمه في الشين الحاصل بقصرها لان الظاهر أن الجميع حصل بقلع السن وان نبتت له سن صفراء أو سن خضراء وجبت عليه الحكومة لنقصان الكمال وان قلع سن من أثغر وجبت ديتها في الحال لان الظاهر أنه لا ينبت له مثلها فان أخذ الدية ثم نبت له مثلها في مكانها ففيه قولان أحدهما يجب رد الدية لانه عاد له مثلها فلم يستحق بدلها كالذي لم يثغر والثاني أنه لا يجب رد الدية لان العادة جرت في سن من أثغر أنه لا يعود فاذا نبتت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط بها ضمان ما أتلف عليه

(فصل) ويجب في اللحيين الدية لان فيهما جمالا وكمالا ومنفعة كاملة فوجبت فيهما الدية كالشفتين

(قوله سنا مضطربة) هي التي تتحرك مع بقائها في منبتها (قوله حصل بها شين) الشين ضد الزين يقال شانه يشينه والمشائن المعايب والمقابح والبطش الاخذ بقوة يقال بطش يبطش ويبطش

وان

وان قلع أحدهما وتماسك الآخر وجب عليه نصف الدية لانهما عضوان تجب الدية فيهما فوجب نصف الدية فى أحدهما كالشفتين واليدين وان قلع اللحيين مع الاسنان وجب عليه دية اللحيين ودية الاسنان ولا تدخل دية أحدهما فى الآخر لانهما جنسان مختلفان فيجب فى كل واحد منهما دية مقدرة فلم تدخل دية احداهما فى دية الاخرى كالشفتين مع الاسنان وتخالف الكف مع الاصابع فان الكف تابع للاصابع فى المنفعة واللحيان أصلان فى الجمال والمنفعة فهما كالشفتين مع الاسنان

﴿فصل﴾ ويجب فى اليدين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى اليدين الدية ويجب فى احداهما نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو ابن حزم حين أمره على نجران فى اليد خمسون من الابل واليد التى تجب فيها الدية هى الكف فان قطع الكف وجبت الدية وان قطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب وجبت الدية فى الكف ووجب فيما زاد الحكومة وقال أبو عبيد بن حرب الذى تجب فيه الدية هو اليد من المنكب لان اليد اسم للجميع والمذهب الاول لان اسم اليد يطلق على الكف والدليل عليه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والمراد به الكف ولان المنفعة المقصودة من اليد هو البطش والاخذ والدفع وهو بالكف وما زاد تابع للكف فوجبت الدية فى الكف والحكومة فيما زاد ويجب فى كل أصبع عشر الدية لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن فى كل أصبع من الاصابع من اليد والرجل عشر من الابل ولا يفضل أصبع على أصبع لما ذكرناه من الخبر ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مسندا الاصابع كلها سواء عشر عشر من الابل ولانه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كاليدين ويجب فى كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الاصبع وفى كل أنملة من الابهام نصف دية الاصبع لانه لما قسمت دية اليد على عدد الاصابع وجب أن يقسم دية الاصبع على عدد الانامل

﴿فصل﴾ وان جنى على يد فشلت أو على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب عليه ما يجب فى قطعها لان المقصود بها هو المنفعة فوجب فى اتلاف منفعتها ما وجب فى اتلافها وان قطع يدا شلاء أو أصبعا شلاء أو أنملة شلاء وجب عليه الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة

﴿فصل﴾ ويجب فى الرجلين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى الرجلين الدية ويجب فى احداهما نصف الدية لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى الرجل نصف الدية والرجل التى يجب فى قطعها نصف الدية القدم فان قطع من الساق أو من الركبة أو من بعض الفخذ أو من أصل الفخذ وجبت الدية فى القدم ووجبت الحكومة فيما زاد لما ذكرناه فى اليد ويجب فى كل أصبع من أصابع الرجل عشر الدية لما ذكرناه فى اليد من حديث عمرو ابن حزم ويجب فى كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الاصبع وفى كل أنملة من الابهام نصف دية الاصبع لما ذكرناه فى اليد

﴿فصل﴾ ويجب فى قدم الاعرج ويد الاعسم اذا كانتا سليمتين الدية لان العرج انما يكون من قصر احدى الساقين وذلك ليس بنقص فى القدم والعسم قصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس بنقص فى الكف [illegible]

و[illegible]

﴿فصل﴾ [illegible] وجبت الحكومة لانه حصل به نقص [illegible]

(قوله الاعسم) العسم بالفتح فى الكف والقدم أن ييبس مفصل الرسغ حتى يعوج الكف والقدم يقال رجل أعسم بين العسم هكذا ذكره الجوهرى وقال فى ديوان الادب هو يبس فى الرجل والرسغ هو ما يلى الكوع الى ظهر الكف وقد ذكر (قوله خلع كفه) أى فكها من معصمها حتى استرخت فلا يطيق رفعها وقد شلت يده تشل بفتح الشين فيهما اذا يبست وقيل اذا استرخت ولا تشلل بفتح التاء واللام اذا دعى لك بالسلامة من الشلل قال الشاعر
ولا تشلل يد فتكت بعمرو
فانك لن تذل ولن تضاما

فان قال الجاني أنا أعيد خلعها وأعيدها مستقيمة منع من ذلك لانه استئناف جناية أخرى فان كابره وخلعه فعاد مستقيما وجب عليه بهذا الخلع حكومة ولا يسقط ما وجب من الحكومة الاولى لانها حكومة استقرت بالجناية وما حصل من الاستقامة حصل بمعنى آخر فلم يسقط ما وجب ويخالف اذا جنى على العين فذهب الضوء ثم عاد لانا نتيقن أن الضوء لم يذهب

﴿فصل﴾ وان كان لرجل كفان من ذراع فان لم يبطش بواحد منهما لم يجب فيهما قود ولا دية لان منافعهما قد بطلت فصارا كاليد الشلاء ويجب فيهما حكومة لان فيهما جمالا وان كان أحدهما يبطش دون الآخر فالذي يبطش به هو الاصلي فيجب فيه القود أو الدية والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة وان كان أحدهما أكثر بطشا كان الاصلي هو أكثرهما بطشا سواء كان الباطش على مستوى الذراع أو منحرفا عنه لان الله تعالى جعل البطش في الاصلي فوجب أن يرجع في الاستدلال عليه اليه كما يرجع في الخنثى الى بوله وان استويا في البطش فان كان أحدهما على مستوى الذراع والآخر منحرفا عن مستوى الذراع فالاصلي هو الذي على مستوى الذراع فيجب فيه القود أو الدية ويجب في الآخر الحكومة فان استويا في ذلك فان كان أحدهما تام الاصابع والآخر ناقص الاصابع فالاصلي هو التام الاصابع فيجب فيه القود أو الدية والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة وان استويا في تمام الاصابع الا أن في أحدهما زيادة أصبع لم ترجح الزيادة ولانه قد يكون الاصبع الزائدة في غير اليد الاصلية فاذا استويا في الدلائل فهما يد واحدة فان قطعهما قاطع وجب عليه القود أو الدية ووجب عليه للزيادة حكومة فان قطع احداهما لم يجب القود لعدم المماثلة وعليه نصف دية يد وزيادة حكومة لانها نصف يد زائدة وان قطع أصبعا من احداهما فعليه نصف دية أصبع وزياة حكومة لانها نصف أصبع زائدة وان قطع أنملة أصبع من احداهما وجب عليه نصف دية أنملة وزيادة حكومة لانها نصف أنملة زائدة

﴿فصل﴾ ويجب في الاليتين الدية لان فيهما جمالا كاملا ومنفعة كاملة فوجب فيهما الدية كاليدين ويجب في احداهما نصف الدية لان ما وجبت الدية في اثنين منه وجب نصفها في أحدهما كاليدين وان قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره وان جهل قدره وجبت فيها الحكومة

﴿فصل﴾ وان كسر صلبه انتظر فان جبر وعاد الى حالته لزمته حكومة الكسر وان احدودب لزمه حكومة للشين الذي حصل به وان ضعف مشيه أو احتاج الى عصا لزمته حكومة لنقصان مشيه وان عجز عن المشي وجبت عليه الدية لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة ان في الصلب الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الانثيين الدية ولانه أبطل عليه منفعة مقصودة فوجبت عليه الدية وان كسر صلبه وعجز عن الوطء وجبت عليه الدية لانه أبطل عليه منفعة مقصودة وان ذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان أحدهما لا تلزمه الا دية واحدة لانهما منفعتا عضو واحد والثاني يلزمه ديتان وهو ظاهر النص لانه يجب في كل واحد منهما الدية عند الانفراد فوجبت فيهما ديتان عند الاجتماع كما لو قطع أذنيه فذهب سمعه أو قطع أنفه فذهب شمه

﴿فصل﴾ ويجب في الذكر الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب مع عمرو بن حزم الى اليمن وفي الذكر الدية ويجب ذلك في ذكر الشيخ والطفل والخصي والعنين لان العضو في نفسه سليم ولا تجب في ذكر أشل لانه بطلت منفعته فلم تكمل ديته ويجب فيه الحكومة لانه أتلف عليه جماله وان جنى على ذكره فشل وجبت ديته لان المقصود من العضو هو المنفعة فوجب في اتلاف منفعته ما وجب في اتلافه وان قطع الحشفة وجبت الدية لان منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف

بالاصابع فكملت الدية بقطعها وان قطع الحشفة وجاء آخر فقطع الباقي وجبت فيه حكومة كما لو قطع الاصابع وجاء آخر وقطع الكف وان قطع بعض الحشفة وجب عليه من الدية بقسطها وهل تقسط على الحشفة وحدها أو على جميع الذكر فيه قولان أحدهما تقسط على الحشفة لان الدية تكمل بقطعها فقسطت عليها كدية الاصابع والثاني يقسط على الجميع لان الذكر هو الجميع فقسطت الدية على الجميع

﴿فصل﴾ ويجب في الانثيين الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن مع عمرو ابن حزم وفي الانثيين الدية ويجب في أحدهما نصف الدية لان ما وجب في اثنين منه الدية وجبت في أحدهما نصفها كاليد

﴿فصل﴾ وما اشترك فيه الرجل والمرأة من الجروح والاعضاء ففيه قولان قال في القديم تساوى المرأة الرجل الى ثلث الدية فاذا زادت على ذلك كانت المرأة على النصف من الرجل لما روى نافع عن ابن عمر أنه قال تستوى دية الرجل والمرأة الى ثلث الدية ويختلفان فيما سوى ذلك وقال في الجديد هي على النصف من الرجل في جميع الأروش وهو الصحيح لانهما شخصان مختلفان في دية النفس فاختلفا في أروش الجنايات كالمسلم والكافر ولانه جناية يجب فيها أرش مقدر فكانت المرأة على النصف من الرجل في أرشها كقطع اليد والرجل وقول ابن عمر يعارضه قول علي كرم الله وجهه في جراحات الرجال والنساء سواء على النصف فيما قل أو كثر

﴿فصل﴾ ويجب في ثدي المرأة الدية لان فيهما جمالا ومنفعة فوجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ويجب في احداهما نصف الدية لما ذكرناه في الانثيين وان جنى عليهما فشلتا وجبت عليه الدية لان المقصود بالعضو هو المنفعة فكان اتلاف منفعته كاتلافه وان كانتا ناهدين فاسترسلتا وجبت الحكومة لانه نقص جمالهما وان كان لها لبن فجنى عليهما فانقطع لبنها وجبت عليه الحكومة لانه قطع اللبن بجنايته وان جنى عليهما قبل أن ينزل لها لبن فولدت ولم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا لا ينقطع الا بالجناية وجبت الحكومة وان قالوا قد ينقطع من غير جناية لم تجب الحكومة لجواز أن يكون انقطاعه لغير الجناية فلا تجب الحكومة بالشك وتجب الدية في حلمتيهما وهو رأس الثدي لان منفعة الثديين بالحلمتين لان الصبي بهما يمص اللبن وبذهابهما تتعطل منفعة الثديين فوجب فيهما ما يجب في الثديين كما يجب في الاصابع ما يجب في الكف وأما حلمة الرجل فقد قال في موضع يجب فيه حكومة وقال في موضع قد قيل ان فيهما الدية فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما تجب فيهما الدية لان ما وجبت فيه الدية من المرأة وجبت فيه الدية من الرجل كاليدين والثاني وهو الصحيح انه يجب فيهما الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ومنهم من قال يجب فيه الحكومة قولا واحدا وقوله قد قيل ان فيهما الدية حكاية عن غيره

﴿فصل﴾ ويجب في اسكتي المرأة وهما الشفران المحيطان بالفرج الدية لان فيهما جمالا ومنفعة في المباشرة ويجب في أحدهما نصف الدية لان كل ما وجب في اثنين منه الدية وجب في أحدهما نصفها كاليدين

﴿فصل﴾ قال الشافعي رحمه الله اذا وطئ امرأة فأفضاها وجبت عليه الدية واختلف أصحابنا في الافضاء فقال بعضهم هو أن يزيل الحاجز الذي بين الفرج ومخرج البول وهو قول شيخنا أبي حامد الاسفرايني رحمة الله عليه وقال بعضهم هو أن يزيل الحاجز الذي بين الفرج والدبر وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وشيخنا القاضي أبي الطيب الطبري لأن الدية لا تجب الا باتلاف منفعة كاملة ولا يحصل

(قوله وان كانا ناهدين) أي مرتفعين والنهود الارتفاع نهد ثدي الجارية اذا ارتفع والحلمتان بفتح اللام الواحدة حلمة بالفتح أيضا رأس الثدي كما ذكر (قوله اسكتي المرأة) بكسر الهمزة واسكان السين هما جانبا الفرج والمأسوكة التي أخطأت خافضتها فأصابت غير موضع الخفض الاسكتان ناحيتا الفرج والشفران طرفا الناحيتين والذي يلي الشفرين الاشعران ذكره الازهري (قوله الافضاء) مأخوذ من الفضاء وهو المكان الواسع ويكون الجماع كقوله تعالى وقد أفضى بعضكم الى بعض ويكون اللمس كقوله عليه السلام اذا أفضى أحدكم بيده الى ذكره فليتوضأ

ذلك الا بازالة الحاجز بين السبيلين فاما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المنفعة وانما تنقص بها المنفعة فلا يجوز أن يجب بها دية كاملة وان أفضاها واسترسل البول وجب مع دية الافضاء حكومة للنقص الحاصل باسترسال البول وان أفضاها والتأم الجرح وجبت الحكومة دون الدية وان أجاف جائفة والتأمت لم يسقط ارشها والفرق بينهما ان ارش الجائفة وجب باسمها فلم يسقط بالالتئام ودية الافضاء وجبت بازالة الحاجز وقد عاد الحاجز فلم تجب الدية

﴿فصل﴾ ولا يجب فى اتلاف الشعور غير الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة كاتلاف العين القائمة واليد الشلاء

﴿فصل﴾ ويجب فى تعويج الرقبة وتصعير الوجه الحكومة لانه اذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة فان كسر الترقوة أو كسر ضلعا فقد قال فى موضع آخر يجب فيه جمل وقال فى موضع تجب فيه الحكومة واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق وأبو على بن أبى هريرة تجب فيه الحكومة قولا واحدا والذى قال فيه جمل أراد على سبيل الحكومة لان تقدير الارش لا يجوز الا بنص أو قياس على أصل وليس فى هذا نص ولا له أصل يقاس عليه وقال المزنى وغيره هو على قولين وهو الصحيح أحدهما أنه يجب فيه جمل لما روى أسلم مولى عمر عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الترقوة بجمل وفى الضلع بجمل وقول الصحابى فى قوله القديم حجة تقدم على القياس والقول الثانى وهو الصحيح أنه يجب فيه حكومة لانه كسر عظم فى غير الرأس والوجه فلم يجب فيه ارش مقدر ككسر عظم الساق وما روى عن عمر يحتمل انه قضى به على سبيل الحكومة ولان قول الصحابى ليس بحجة فى قوله الجديد

﴿فصل﴾ وان لطم رجلا أو لكمه أو ضربه بمثقل فان لم يحصل به أثر لم يلزمه ارش لانه لم يحصل به نقص فى جمال ولا منفعة فلم يلزمه ارش وان حصل به شين بأن اسود أو اخضر وجبت فيه الحكومة لما حصل به من الشين فان قضى فيه بالحكومة ثم زال الشين سقطت الحكومة كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض وان فزع انسانا فاحدث فى الثياب لم يلزمه ضمان مال لان المال انما يجب فى الجناية اذا أحدثت نقصا فى جمال أو منفعة ولم يوجد شئ من ذلك

﴿فصل﴾ اذا جنى على حر جناية ليس فيها ارش مقدر نظرت فان كان حصل بها نقص فى منفعة أو جمال وجبت فيها حكومة وهو أن يقوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم بعد اندمال الجناية فان نقص العشر من قيمته وجب العشر من ديته وان نقص الخمس من قيمته وجب الخمس من ديته لانه ليس فى ارشه نص فوجب التقدير بالاجتهاد ولا طريق الى معرفة قدر النقصان من جهة الاجتهاد الا بالتقويم وهذا كما قلنا فى المحرم اذا قتل صيدا وليس فى جزائه نص انه يرجع الى ذوى عدل فى معرفة مثله ان كان له مثل من النعم أو الى قيمته اذا لم يكن له مثل و يجب القدر الذى نقص من قيمته من الدية لان النفس مضمونة بالدية فوجب القدر الناقص منها كما يقوم المبيع عند الرجوع بارش العيب ثم يؤخذ القدر الناقص من الثمن حيث كان المبيع مضمونا بالثمن وقال بعض أصحابنا يعتبر نقص الجناية من دية العضو المجنى عليه لا من دية النفس فان كان الذى نقص هو العشر والجناية على اليد وجب عشر دية اليد وان كانت على أصبع وجب عشر دية الاصبع وان كانت على الرأس فيما دون الموضحة وجب عشر ارش الموضحة وان كانت على الجسد فيما دون الجائفة وجب عشر ارش الجائفة لانا لو اعتبرناه من دية النفس لم نأمن أن تزيد الحكومة فى عضو على دية العضو والمذهب الاول وعليه التفريع لانه لما وجب تقويم النفس وجب أن يعتبر النقص من دية النفس ولان اعتبار النقص من دية العضو يؤدى الى أن يتقارب الجنايتان و يتباعد الارشان بأن تساوى الحكومة فى السمحاق فتوجب فيه عشر ارش الموضحة

(قوله تصعير الوجه) الصعر الميل فى الخد خاصة وقد صعر خده أى أماله من الكبر قال الله تعالى ولا تصعر خدك للناس والترقوتان العظمان الناتئان أعلى الصدر والجمع تراقى قال الله تعالى كلا اذا بلغت التراقى والضلع مثال العنب وتسكين اللام جائز وهى واحدة الاضلاع

فيتباعد ما بينها وبين أرش الموضحة مع قربها منها فان كانت الجناية على أصبع فبلغت الحكومة فيها ارش الاصبع أو على الرأس فبلغت الحكومة فيها ارش الموضحة نقص الحاكم من ارش الاصبع ومن ارش الموضحة شيأ على قدر ما يؤدي اليه الاجتهاد لانه لا يجوز أن يكون فيما دون الاصبع وفيما دون الموضحة ما يجب فيها وان كانت الجناية فى الكف فبلغت الحكومة ارش الاصابع نقص شيأ من ارش الاصابع لان الكف تابع للاصابع فى الجمال والمنفعة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب فى الاصابع

﴿فصل﴾ وان لم يحصل بالجناية نقص فى جمال ولا منفعة بأن قطع أصبعا زائدة أو قلع سنا زائدة أو أتلف لحية امرأة واندمل الموضع من غير نقص ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج أنه لا شئ عليه لانه جناية لم يحصل بها نقص فلم يجب بها ارش كالو لطم وجهه فلم يؤثر والثانى وهو قول أبى اسحق أنه يجب فيه الحكومة لانه اتلاف جزء من مضمون فلا يجوز أن يعرى من ارش فعلى هذا ان كان قد قطع أصبعا زائدة قوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم فى أقرب أحواله الى الاندمال ثم يجب ما بينهما من الدية لانه لما سقط اعتبار قيمته بعد الاندمال قوم فى أقرب الاحوال اليه وهذا كما قلنا فى ولد المغرور بها لما تعذر تقويمه حال العلوق قوم فى أقرب حال يمكن فيه التقويم بعد العلوق وهو عند الوضع فان قوم ولم ينقص قوم قبيل الجناية ثم يقوم والدم جار لانه لابد أن تنقص قيمته لما يخاف عليه فيجب بقدر ما بينهما من الدية وان قلع سنا زائدة ولم تنقص قيمته قوم وليس له خلف الزائدة سن أصلية ثم يقوم وليس له سن أصلية ولا زائدة ويجب بقدر ما بينهما من الدية وان أتلف لحية امرأة قوم لو كان رجلا وله لحية ثم يقوم ولا لحية له ويجب بقدر ما بينهما من الدية

﴿فصل﴾ وان جنى على رجل جناية لها ارش مقدر ثم قتله قبل الاندمال دخل ارش الجناية فى دية النفس وقال أبو سعيد الاصطخرى لا يدخل لان الجناية انقطعت سرايتها بالقتل فلم يسقط ضمانها كما لو اندملت ثم قتله والمذهب الاول لانه مات بفعله قبل استقرار الارش فدخل فى ديته كما لو مات من سراية الجناية ويخالف اذا اندملت فان هناك استقر الارش فلم تسقط

﴿فصل﴾ ويجب فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لانه مال مضمون بالاتلاف لحق الآدمى بغير جنسه فضمنه بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال وما ضمن مما دون النفس من الجزء بالدية كالانف واللسان والذكر والانثيين والعينين واليدين والرجلين ضمن من العبد بقيمته وما ضمن من الحر بجزء من الدية كاليد والاصبع والانملة والموضحة والجائفة ضمن من العبد بمثله من القيمة لانهما متساويان فى ضمان الجناية بالقصاص والكفارة فتساويا فى اعتبار ما دون النفس ببدل النفس كالرجل والمرأة والمسلم والكافر

﴿فصل﴾ وان قطع يد عبد ثم أعتق ثم مات من سراية القطع وجبت عليه دية حر لان الجناية استقرت فى حال الحرية ويجب للسيد من ذلك أقل الامرين من ارش الجناية وهو نصف القيمة أو كل الدية فان كان نصف القيمة أقل لم يستحق أكثر منه لانه هو الذى وجب فى ملكه والزيادة حصلت فى حال لا حق له فيها وان كانت الدية أقل لم يستحق أكثرها لان ما نقص من نصف القيمة بسبب من جهته وهو العتق

﴿فصل﴾ وان فقأ عينى عبد أو قطع يديه وقيمته ألفا دينار ثم أعتق ومات بعد اندمال الجناية وجب على الجانى ارش الجناية وهو قيمة العبد سواء كان الاندمال قبل العتق أو بعده لان الجرح اذا اندمل استقر حكمه ويكون ذلك للمولى لانه ارش جناية كانت فى ملكه وان لم يندمل وسرى الى نفسه وجب على الجانى دية حر وقال المزنى يجب الارش وهو ألفا دينار لان السيد ملك ذلك بالجناية فلا ينقص

وهذا خطأ لان الاعتبار فى الارش بحال الاستقرار ولهذا لو قطع يدى رجل ورجليه وجب عليه ديتان فاذا سرت الجناية الى النفس وجب دية اعتبارا بحال الاستقرار وفى حال الاستقرار هو حر فوجبت فيه الدية ودليل قول المزنى يبطل بمن قطع يدى رجل ورجليه ثم مات فانه وجبت ديتان ثم نقصت بالموت

﴿فصل﴾ وان قطع حر يد عبد فاعتق ثم قطع حر آخر يده الاخرى ومات لم يجب على الاول قصاص لعدم التكافؤ فى حال الجناية وعليه نصف الدية لان المجنى عليه حر فى وقت استقرار الجناية وأما الثانى ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى الطيب بن سلمة انه يجب عليه القصاص فى الطرف ولا يجب فى النفس لان الروح خرجت من سراية قطعين وأحدهما يوجب القود والآخر لا يوجب فسقط كحرين قتلا من نصفه حر ونصفه عبد والثانى وهو المذهب انه يجب عليه القصاص فى الطرف والنفس لانهما متكافئان فى حال الجناية وقد خرجت الروح عن عمد محض مضمون وانما سقط القود عن أحدهما لمعنى فى نفسه فلم يسقط عن الآخر كما لو اشترك حر وعبد فى قتل عبد ويخالف الحرين اذا قتلا من نصفه حر ونصفه عبد لان كل واحد منهما غير مكافئ له حال الجناية فان عفى على مال كان عليه نصف الدية لانهما شريكان فى القتل وللمولى الاقل من نصف قيمته يوم الجناية الاولى أو نصف الدية فان كان نصف القيمة أقل أو مثله كان له ذلك وان كان أكثر فله نصف الدية لان الحرية نقصت ما زاد عليه والفرق بينه وبين المسئلة قبلها ان الجناية هناك من واحد وجميع الدية عليه فقوبل بين أرش الجناية وبين الدية والجناية ههنا من اثنين والدية عليهما والثانى جنى عليه فى حال الحرية فقوبل بين أرش الجناية وبين النصف المأخوذ من الجانى على ملكه وكان الفاضل لورثته

﴿فصل﴾ وان قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم قطع يده الاخرى نظرت فان اندمل الجرحان لم يجب فى اليد الأولى قصاص لانه جنى عليه وهو غير مكافئ له ويجب فيها نصف ديته ويكون للمولى ويجب فى اليد الاخرى القصاص لانه قطعها وهو مكافئ له وان عفى على المال وجب عليه نصف الدية وان مات من الجراحتين قبل الاندمال وجب القصاص فى اليد الاخرى التى قطعت بعد عتقه ولم يجب القصاص فى النفس لانه مات من جنايتين احداهما توجب القصاص والاخرى لا توجب فان اقتص منه فى اليد وجب عليه نصف الدية لانه مات بجنايته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية ويكون للمولى أقل الامرين من نصف القيمة وقت الجناية أو نصف الدية وان عفى عن القصاص على مال وجب كمال الدية ويكون للمولى أقل الامرين من نصف القيمة وقت الجناية أو نصف الدية ولورثته الباقى لان الجناية الثانية فى حال الحرية

﴿فصل﴾ وان قطع حر يد عبد فاعتق ثم قطع آخر يده الاخرى ثم قطع ثالث رجله ومات لم يجب على الاول القصاص فى النفس ولا فى الطرف لعدم التكافؤ ويجب عليه ثلث الدية ويجب على الآخرين القصاص فى الطرف وفى النفس على المذهب فان عفى عنهما كان عليهما ثلثا الدية وفيما يستحق المولى قولان أحدهما أقل الامرين من أرش الجناية أو ما يجب على هذا الجانى فى ملكه وهو ثلث الدية لان الواجب بالجناية هو الارش فاذا أعتق انقلب وصار ثلث الدية فيجب أن يكون له أقل الامرين فان كان الارش أقل لم يكن له أكثر منه لانه هو الذى وجب بالجناية فى ملكه وما زاد بالسراية فى حال الحرية لا حق له فيه وان كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه لانه هو الذى يجب على الجانى فى ملكه ونقص الارش بسبب من جهته وهو العتق فلم يستحق أكثر منه والقول الثانى يجب له أقل الامرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة لان الجانى على ملكه هو الاول والآخران لا حق له فى جنايتهما فيجب أن يكون له أقل الامرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة فان كان ثلث القيمة أقل لم يكن له أكثر منه لانه لما كان

عبدا كان له هذا القدر وما زاد وجب في حال الحرية فلم يكن له فيها حق وان كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه لان ثلث القيمة نقص وعاد الى ثلث الدية بفعله فلم يستحق أكثر منه

﴿فصل﴾ اذا ضرب بطن مملوكة حامل بمملوك فألقت جنينا ميتا وجب فيه عشر قيمة الام لانه جنين آدمية سقط ميتا بجنايته فضمن بعشر بدل الام كجنين الحرة واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قيمة الام فقال المزني وأبو سعيد الاصطخري تعتبر قيمتها يوم الاسقاط لانه حال استقرار الجناية والاعتبار في قدر الضمان بحال استقرار الجناية والدليل عليه انه لو قطع يد نصراني ثم أسلم ومات وجب فيه دية مسلم وقال أبو اسحاق تعتبر قيمتها يوم الجناية وهو المنصوص لان المجني عليه لم يتغير حاله فكان أولى الاحوال باعتبار قيمتها يوم الجناية لانه حال الوجوب ولهذا لو قطع يد عبد ومات على الرق وجبت قيمته يوم الجناية لانه حال الوجوب وان ضرب بطن أمة ثم أعتقت وألقت جنينا ميتا وجب فيه دية جنين حر لان الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية والجنين حر عند استقرار الجناية فضمن بالدية

﴿ باب العاقلة وما تحمله من الديات ﴾

اذا قتل الحر حرا عمد خطأ وله عاقلة وجب جميع الدية على عاقلته لما روى المغيرة بن شعبة قال ضربت امرأة ضرة لها بعمود فسطاط فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بديتها على عصبة القاتلة وان قتله خطأ وجبت الدية على عاقلته لانه اذا تحمل عن القاتل في عمد الخطأ تخفيفا عنه مع قصده الى الجناية فلان يحمل عن قاتل الخطأ ولم يقصد الجناية أولى ولان الخطأ وعمد الخطأ يكثر فلو أوجبنا ديتهما في مال الجاني أجحفنا به وان قطع أطرافه خطأ أو عمد خطأ ففيه قولان قال في القديم لا تحمل العاقلة ديتهما لانه لا يضمن بالكفارة ولا تثبت فيه القسامة فلم تحمل العاقلة بدله كالمال وقال في الجديد تحمل العاقلة ديتها لان ما ضمن بالقصاص والدية وخففت الدية فيه بالخطأ حملت العاقلة بدله كالنفس فعلى هذا تحمل ما قل منه وكثر كما تحمل ما قل وكثر من دية النفس وان قتل عمدا أو جنى على طرفه عمدا لم تحمل العاقلة ديته لان الخبر ورد في الحمل عن القاتل في عمد الخطأ تخفيفا عنه لانه لم يقصد القتل والعامد قصد القتل فلم يلحق به في التخفيف وان وجب له القصاص في الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات فعليه نصف الدية وهل تحمل العاقلة ذلك أم لا فيه وجهان أحدهما تحمله لانا حكمنا بانه ليس بعمد محض والثاني لا تحمله لانه قصد القتل بغير حق فلم تحمل العاقلة عنه وان وكل من يقتص له في النفس ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو وقلنا ان العفو يصح ووجبت الدية على الوكيل فهل تحملها العاقلة فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق انه لا تحملها العاقلة وهو الصحيح لانه تعمد القتل فلم تحمل العاقلة عنه كما لو قتله بعدما علم بالعفو والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انه تحملها العاقلة لانه لم يقصد الجناية

﴿فصل﴾ وان قتل عبدا خطأ أو عمد خطأ ففي قيمته قولان أحدهما تحملها العاقلة لانه يجب القصاص والكفارة بقتله فحملت العاقلة بدله كالحر والثاني انه لا تحملها العاقلة لانه مال فلم تحمل العاقلة بدله كسائر الاموال

﴿فصل﴾ ومن قتل نفسه خطأ لم تجب الدية بقتله ولا تحمل العاقلة ديته لما روي أن عوف بن مالك الاشجعي ضرب مشركا بالسيف فرجع السيف عليه فقتله فامتنع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه وقالوا قد أبطل جهاده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مات مجاهدا ولو وجبت ديته على عاقلته لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿فصل﴾ وما يجب بخطأ الامام من الدية بقتله ففيه قولان أحدهما يجب على عاقلته لما روي أن عمر

والعاقلة مأخوذ من العقل وهو الدية وسميت الدية عقلا لان الابل كانت تعقل بفناء ولي المقتول يقال عقلت المقتول اذا أديت ديته ومنه سمي العقل عقلا لانه يمنع من الخطأ كما يمنع العقال الدابة من الذهاب وأجحف به أذهب جميع ماله وقد ذكر (قوله بعمود فسطاط) العمود الخشبة التي ينصب بها بيت الشعر يجعل في وسطه حتى يرتفع والفسطاط بيت الشعر وفيه ثلاث لغات فسطاط وفسطاط وفساط

رضي الله عنه قال لعلي رضي الله عنه في جنين المرأة التي بعث اليها عزمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك والثاني يجب في بيت المال لان الخطأ يكثر منه في أحكامه واجتهاده فلو أوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أجحفنا بهم فاذا قلنا انه يجب على عاقلته وجبت الكفارة في ماله كغير الامام واذا قلنا انها تجب في بيت المال ففي الكفارة وجهان أحدهما انها تجب في ماله لانها لا تتحمل والثاني أنها تجب في بيت المال لانه يكثر خطؤه فلو أوجبنا في ماله أجحف به

﴿فصل﴾ وما يجب بجناية العمد يجب حالا لانه بدل متلف لا تتحمله العاقلة بحال فوجب حالا كغرامة المتلفات وما يجب بجناية الخطأ وشبه العمد من الدية يجب مؤجلا فان كانت دية كاملة وجبت في ثلاث سنين لانه روي ذلك عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ويجب في كل سنة ثلثها فان كان دية نفس كان ابتداء الاجل من وقت القتل لانه حق مؤجل فاعتبر الاجل من حين وجود السبب كالدين المؤجل وان كان دية طرف فان لم تسر اعتبرت المدة من وقت الجناية لانه وقت الوجوب وان سرت الى عضو آخر اعتبرت المدة من وقت الاندمال لان الجناية لم تقف فاعتبرت المدة من وقت الاستقرار وان كان الواجب أقل من دية نظرت فان كان ثلث الدية أو دونه لم تجب الا في سنة لانه لا يجب على العاقلة شئ في أقل من سنة فان كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب في السنة الاولى الثلث ووجب الباقي في السنة الثانية وان كان أكثر من الثلثين ولم يزد على دية وجب في السنة الاولى الثلث وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الباقي وان وجب بجنايته ديتان فان كانتا لاثنتين بان قتل اثنين وجب في كل سنة لكل واحد منهما ثلث الدية لانهما يجبان لمستحقين فلا ينقص حق كل واحد منهما في كل سنة من الثلث فان كانتا لواحد بان قطع اليدين والرجلين من رجل وجب الكل في ست سنين في كل سنة ثلث دية لانها جناية على واحد فلا يجب له على العاقلة في كل سنة أكثر من ثلث دية وان وجب بجناية الخطأ أو عمد الخطأ دية ناقصة كدية الجنين والمرأة ودية أهل الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يجب في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها لانها دية نفس فوجب في كل سنة ثلثها كالدية الكاملة والثاني انه كأرش الطرف اذا نقص عن الدية لانه دون الدية الكاملة فعلى هذا ان كان ثلث دية وهو كدية اليهودي والنصراني أو أقل من الثلث وهو دية المجوسي ودية الجنين وجب الكل في سنة واحدة وان كان أكثر من الثلث وهو دية المرأة وجب في السنة الاولى ثلث دية كاملة ويجب ما زاد في السنة الثانية كما قلنا في الطرف وان كان قيمة عبد وقلنا انها على العاقلة ففيه وجهان أحدهما انها تقسم في ثلاث سنين وان زاد حصة كل سنة على ثلث الدية لانها دية نفس والثاني تؤدى في كل سنة ثلث دية الحر

﴿فصل﴾ والعاقلة هم العصبات الذين يرثون بالنسب أو الولاء غير الاب والجد والابن وابن الابن والدليل عليه ما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المرأة بديتها على عصبة العاقلة وأما الاب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون لما روى جابر رضي الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت احداهما الاخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد فجعل النبي صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها واذا ثبت هذا في الولد ثبت في الاب لتساويهما في العصبة ولان الدية جعلت على العاقلة ابقاء على القاتل حتى لا يكثر عليه فيجحف به فلو جعلناه على الاب والابن أجحفنا به لان مالهما كماله ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل لنفسه ويستغني عن المسئلة بمالهما كما يستغني بمال نفسه وان كان في بني عمها ابن لها لم يحمل معهم لما ذكرناه وان لم يكن له عصبة نظرت فان كان مسلما حمل عنه من بيت المال لان مال بيت المال للمسلمين وهم يرثونه كما ترث العصبات وان كان ذميا لم يحمل عنه في بيت المال لان مال بيت المال للمسلمين وهم لا يرثونه وانما ينقل ماله الى بيت المال فيأ واختلف

قوله في المولى من أسفل فقال في أحد القولين لا يعقل عنه وهو الصحيح لانه لا يرثه فلم يعقله وقال في الآخر يعقله لانه يعقله المولى فعقل عنه المولى كالاخوين فعلى هذا يقدم على بيت المال لانه من خواص العاقلة فقدم على بيت المال كالمولى من أعلى وان لم يكن له عاقلة ولا بيت مال فهل يجب على القاتل فيه وجهان بناء على أن الدية هل تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة أو تجب على العاقلة ابتداء وفيه قولان أحدهما تجب على القاتل ثم تنتقل الى العاقلة لانه هو الجاني فوجبت الدية عليه فعلى هذا تجب الدية في ماله والقول الثاني تجب على العاقلة ابتداء لانه لا يطالب غيرهم فعلى هذا لا تجب عليه وقال أبو على الطبري اذا قلنا انها تجب على القاتل عند عدم بيت المال حمل الاب والابن ويبدأ بهما قبل القاتل لانا لم نحمل عليهما ابقاء على القاتل واذا حمل على القاتل كان ابا الحمل أولى قال الشيخ الامام حرس الله مدته ويحتمل عندي أنه لا يجب عليهما لانا انما أوجبنا على القاتل على هذا القول لانه وجب عليه في الاصل فاذا لم يجد من يتحمل بقي الوجوب في محله والاب والابن لم يجب عليهما في الاصل ولا حلا مع العاقلة فلم يجب الحمل عليهما

(فصل) ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم ولا ذمي عن حربي ولا حربي عن ذمي لانه لا يرث بعضهم من بعض فان رمى نصراني سهما الى صيد ثم أسلم ثم أصاب السهم انسانا وقتله وجبت الدية في ماله لانه لا يمكن ايجابها على عاقلته من النصارى لانه وجد القتل وهو مسلم ولا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين لانه رمى وهو نصراني فان قطع نصراني يد رجل ثم أسلم ومات المقطوع عقلت عنه عصباته من النصارى دون المسلمين لان الجناية وجدت منه وهو نصراني ولهذا لا يجب بها القصاص ولا تسقط عنه بالاسلام وان رمى مسلم سهما الى صيد ثم ارتد ثم أصاب السهم انسانا فقتله وجبت الدية في ذمته لانه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين لانه وجد القتل وهو مرتد ولا يمكن ايجابها على الكفار لانه ليس له منهم عاقلة يرثونه فوجبت في ذمته وان جرح مسلم انسانا ثم ارتد الجارح وبقي في الردة زمانا يسرى في مثله الجرح ثم أسلم ومات المجروح وجبت الدية وعلى من تجب فيه قولان أحدهما تجب على عاقلته لان الجناية في حال الاسلام وخروج الروح في حال الاسلام والعاقلة تحمل ما يجب بالجنايتين في حال الاسلام فوجبت ديته عليها والقول الثاني أنه يجب على العاقلة نصف الدية ويجب في مال الجاني النصف لانه وجد سرايته في حال الاسلام وسرايته في حال الردة فحملت ما سرى في حال الاسلام ولم تحمل ما سرى في الردة

(فصل) ولا يعقل صبي ولا معتوه ولا امرأة لان حمل الدية على سبيل النصرة بدلا عما كان في الجاهلية من النصرة بالسيف ولا نصرة في الصبي والمعتوه والمرأة ويعقل المريض والشيخ الكبير اذا لم يبلغ المريض حد الزمانة والشيخ حد الهرم لانهما من أهل النصرة بالتدبير وقد قاتل عمار في محفة وأما اذا بلغ الشيخ حد الهرم والمريض حد الزمانة ففيه وجهان بناء على القولين في قتلهما في الاسر فان قلنا انهما يقتلان في الاسر عقلا وان قلنا لا يقتلان في الاسر لم يعقلا

(قوله قاتل عمار في محفة) المحفة مركب من مراكب النساء كالهودج الا انها لا تقبب كما يقبب الهودج ومعنى يقبب يجعل عليه قبة والشيء التافه اليسير الحقير وقد تفه يتفه وامتحن في أوقات غفلاته أي اختبر والامتحان الاختبار

(فصل) ولا يعقل فقير لان حمل الدية على العاقلة مواساة والفقير ليس من أهل المواساة ولهذا لا تجب عليه الزكاة ولا نفقة الاقارب ولان العاقلة تتحمل لدفع الضرر عن القاتل والضرر لا يزال بالضرر ويجب على المتوسط ربع دينار لان المواساة لا تحصل باقل منه ولا يمكن ايجاب الكثير لان فيه اضرارا به فقدر بأقل ما يؤخذ ربع دينار لانه ليس في حد التافه والدليل عليه انه تقطع فيه يد السارق وقد قالت عائشة رضي الله عنها ان اليد لم تكن تقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه ويجب على الغني نصف دينار لانه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغني والمتوسط واحدا فقدر بنصف دينار لانه أقل قدر يؤخذ من الغني في الزكاة التي قصد بها المواساة فلم يؤخذ من الغني في الدية بدونه لانه

في معناه ويجب هذا القدر في كل سنة لانه حق يتعلق بالحال على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الحول كالزكاة ومن أصحابنا من قال يجب ذلك القدر في الثلاث سنين لا نا لو أوجبنا هذا القدر في كل سنة أجحف به ويعتبر حاله في الفقر والغنى والتوسط عند حلول النجم لانه حق مال يتعلق بالحول على سبيل المواساة فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة فان مات قبل حلول الحول لم تجب كما لا تجب الزكاة اذا مات قبل الحول وان مات بعد الحول لم يسقط ما وجب كما لا يسقط ما وجب من الزكاة قبل الموت

﴿فصل﴾ واذا أراد الحاكم قسمة الدية على العاقلة قدم الاقرب فالاقرب من العصبات على ترتيبهم في الميراث لانه حق يتعلق بالتعصيب فقدم فيه الاقرب فالاقرب كالميراث وان كان فيهم من يدلى بالابوين وفيهم من يدلى بالاب ففيه قولان أحدهما انهما سواء لتساويهما في قرابة الاب لان الأم لا مدخل لها في النصرة وحمل الدية فلا يقدم بها والثاني يقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بالاب لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بالاب كالميراث فان أمكن أن يقسم ما يجب على الاقربين منهم لم يحمل على من بعدهم وان لم يمكن أن يقسم على الاقربين لقلة عددهم قسم ما فضل على من بعدهم على الترتيب فان كان القاتل من بنى هاشم قسم عليهم فان عجزوا دخل معهم بنو عبد مناف فان عجزوا دخل معهم بنو قصى ثم كذلك حتى تستوعب قريش ولا يدخل معهم غير قريش لان غيرهم لا ينسب اليهم وان غاب الاقربون في النسب وحضر الابعدون ففيه قولان أحدهما يقدم الاقربون في النسب لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الاقربون في النسب كالميراث والثاني يقدم الاقربون في الحضور على الاقربين في النسب لان تحمل العاقلة على سبيل النصرة والحاضرون أحق بالنصرة من الغيب فعلى هذا ان كان القاتل بمكة وبعض العاقلة بالمدينة وبعضهم بالشام قدم من بالمدينة على من بالشام لانهم أقرب الى القاتل وان استوت جماعة في النسب وبعضهم حضور وبعضهم غيب ففيه قولان أحدهما يقدم الحضور لانهم أقرب الى النصرة والثاني يسوى بين الجميع كما يسوى في الميراث وان كثرت العاقلة وقل المال المستحق بالجناية بحيث اذا قسم عليهم خص المتوسط دون ربع دينار والغنى دون نصف دينار ففيه قولان أحدهما ان الحاكم يقسمه على من يرى منهم لان في تقسيط القليل على الجميع مشقة والثاني وهو الصحيح أنه يقسم على الجميع لانه حق يستحق بالتعصيب فقسم قليله وكثيره بين الجميع كالميراث

﴿فصل﴾ وان جنى عبد على حر أو عبد جناية توجب المال تعلق المال برقبته لانه لا يجوز ايجابه على المولى لانه لم يوجد منه جناية ولا يجوز تأخيره الى أن يعتق لانه يؤدى الى اهدار الدماء فتعلق برقبته والمولى بالخيار بين أن يبيعه ويقضى حق الجناية من ثمنه وبين أن يفديه ولا يجب عليه تسليم العبد الى المجنى عليه لانه ليس من جنس حقه وان اختار بيعه فباعه فان كان الثمن بقدر مال الجناية صرفه فيه وان كان أكثر قضى ما عليه والباقى للمولى وان كان أقل لم يلزم المولى ما بقى لان حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة فان اختار أن يفديه ففيه قولان أحدهما يلزمه أن يفديه بأقل الامرين من أرش الجناية أو قيمة العبد لانه لا يلزمه ما زاد على واحد منهما والقول الثانى يلزمه أرش الجناية بالغا ما بلغ أو يسلمه للبيع لانه قد يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فاذا امتنع من البيع لزمه الارش بالغا ما بلغ وان قتل عشرة أعبد لرجل عبدا لآخر عمدا فاقتص ولى المقتول من خمسة وعفا عن خمسة على المال تعلق برقبتهم نصف القيمة في رقبة كل واحد منهم عشرها لانه قتل خمسة بنصف عبده وعفا عن خمسة على المال وبقى له النصف

﴿ باب اختلاف الجانى وولى الدم ﴾

اذاقتل رجل رجلا ثم ادعى ان المقتول كان عبدا وقال الولى بل كان حرا فالمنصوص ان القول قول الولى مع يمينه وقال فيمن قذف امرأة ثم ادعى انها أمة ان القول قول القاذف فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما ان القول قول الجانى والقاذف لان مايدعيان محتمل لان الدار تجمع الاحرار والعبيد والاصل فيه حمى الظهر وحقن الدم والثانى ان القول قول ولى المجنى عليه والمقذوف لان الظاهر من الدار الحرية ولهذا لو وجد فى الدار لقيط حكم بحريته ومن أصحابنا من قال القول فى الجناية قول الولى والقول فى القذف قول القاذف والفرق بينهما انا اذا جعلنا القول قول القاذف أسقطنا حد القذف وأوجبنا التعزير فيحصل به الردع واذا جعلنا القول قول الجانى سقط القصاص ولم يبق مايقع به الردع

﴿فصل﴾ اذا وجب له القصاص فى موضحة فاقتص فى أكثر من حقه أو وجب له القصاص فى أصبع فاقتص فى أصبعين وادعى أنه أخطأ فى ذلك وادعى المستقاد منه أنه تعمد فالقول قول المقتص مع يمينه لانه أعرف بفعله وقصده ومايدعيه يجوز الخطأ فى مثله فقبل قوله فيه وان قال المقتص منه ان هذه الزيادة حصلت باضطرابه وأنكره المستقاد منه ففيه وجهان أحدهما ان القول قول المقتص لان مايدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل براءة الذمة والثانى ان القول قول المستقاد منه لان الاصل عدم الاضطراب

﴿فصل﴾ اذا اشترك ثلاثة فى جرح رجل ومات المجروح ثم ادعى أحدهم ان جراحته اندملت وأنكر الآخران وصدق الولى المدعى نظرت فان أراد القصاص قبل تصديقه ولم يجب على المدعى الاضمان الجراحة لانه لاضرر على الآخرين لان القصاص يجب عليهما فى الحالين وان أراد أن يأخذ الدية لم يقبل تصديقه لانه يدخل الضرر على الآخرين لانه اذا حصل القتل من الثلاثة وجب على كل واحد منهم ثلث الدية واذا حصل من جراحهما وجب على كل واحد منهما نصف الدية والاصل براءة ذمتهما مما زاد على الثلث

﴿فصل﴾ اذا قد رجلا ملفوفا فى كساء ثم ادعى انه قده وهو ميت وقال الولى بل كان حيا ففيه قولان أحدهما ان القول قول الجانى لان مايدعيه محتمل والاصل براءة ذمته والثانى ان القول قول الولى لان الاصل حياته وكونه مضمونا فصار كما لو قتل مسلما وادعى انه كان مرتدا

﴿فصل﴾ وان جنى على عضو ثم اختلفا فى سلامته فادعى الجانى انه جنى عليه وهو أشل وادعى المجنى عليه انه جنى عليه وهو سليم فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان أحدهما ان القول قول الجانى لان مايدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل براءة ذمته والثانى ان القول قول المجنى عليه لان الاصل سلامة العضو ومنهم من قال القول فى الاعضاء الظاهرة قول الجانى وفى الاعضاء الباطنة القول قول المجنى عليه لانه لا يتعذر عليه اقامة البينة على السلامة فى الاعضاء الظاهرة فكان القول قول الجانى ويتعذر عليه اقامة البينة فى الاعضاء الباطنة والاصل السلامة فكان القول قول المجنى عليه ولهذا لو علق طلاق امرأته على ولادتها فقالت ولدت لم يقبل قولها لانه يمكن اقامة البينة على الولادة ولو علق طلاقها على حيضها فقالت حضت قبل قولها لانه يتعذر اقامة البينة على حيضها فان اتفقا على سلامة العضو الظاهر وادعى الجانى انه طرأ عليه الشلل وأنكر المجنى عليه ففيه قولان أحدهما ان القول قول الجانى لانه لا يتعذر اقامة البينة على سلامته والثانى ان القول قول المجنى عليه لانه قد ثبتت سلامة [illegible] حتى يثبت الشلل

﴿فصل﴾ وان أوضح رأس رجل موضحتين بينهما حاجز ثم [illegible] خرق [illegible] بينهما بسراية

فعلى فلا يلزمنى الا أرش موضحة وقال المجنى عليه أنا خرقت ما بينهما فعليك أرش موضحتين فالقول قول المجنى عليه لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل بقاء الموضحتين ووجوب الارشين وان أوضح رأسه فقال الجانى أوضحته موضحة واحدة وقال المجنى عليه أوضحتنى موضحتين وأنا خرقت ما بينهما فالقول قول الجانى لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل براءة الذمة

﴿فصل﴾ وان قطع رجل يدى رجل ورجليه ومات واختلف الجانى والولى فقال الجانى مات من سراية الجنايتين فعلى دية واحدة وقال الولى بل اندملت الجنايتان ثم مات فعليك ديتان فان كان قد مضى زمان يمكن فيه اندمال الجراحتين فالقول قول الولى لان الاصل وجوب الديتين وان لم يمض زمان يمكن فيه الاندمال فالقول قول الجانى لان ما يدعيه الولى غير محتمل وان اختلفا فى المدة فقال الولى مضت مدة يمكن فيها الاندمال وقال الجانى لم يمض فالقول قول الجانى لان الاصل عدم المدة

﴿فصل﴾ وان قطع يد رجل ومات فقال الولى مات من سراية قطعك فعليك الدية وقال الجانى اندملت جنايتى ومات بسبب آخر فعلى نصف الدية نظرت فان لم تمض مدة يمكن فيها الاندمال فالقول قول الولى لان الظاهر انه مات من سراية الجناية ويحلف على ذلك لجواز ان يكون قتله آخر أو شرب سما فمات منه وان مضت مدة يمكن فيها الاندمال ثم مات فان كان مع الولى بينة انه لم يزل متألما ماضمنا الى أن مات فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر انه مات من الجناية وان لم يكن معه بينة على ذلك فالقول قول الجانى لان ما يدعيه كل واحد منهما ممكن والاصل براءة ذمة الجانى مما زاد على نصف الدية

﴿فصل﴾ وان قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولى والجانى فقال الجانى شرب سما أو جنى عليه آخر بعد جنايتى فلا يجب على الا نصف الدية وقال الولى مات من سراية جنايتك فعليك الدية فليس فيها نص ويحتمل ان يكون القول قول الولى لان الاصل حصول جنايته وعدم غيرها ويحتمل ان يكون القول قول الجانى لانه يحتمل ما يدعيه والاصل براءة ذمة

﴿فصل﴾ وان جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين وقال أهل الخبرة يرجى عود البصر فمات واختلف الولى والجانى فقال الجانى عاد الضوء ثم مات وقال الولى لم يعد فالقول قول الولى مع يمينه لان الاصل ذهاب الضوء وعدم العود وان جنى على عينه فذهب الضوء ثم جاء آخر فقلع العين واختلف الجانيان فقال الاول عاد الضوء ثم قلعت أنت فعليك الدية وقال الثانى قلعت ولم يعد الضوء فعلى حكومة وعليك الدية فالقول قول الثانى لان الاصل عدم العود فان صدق المجنى عليه الاول قبل قوله فى ابراء الاول لانه يسقط عنه حقا له ولا يقبل قوله على الثانى لانه يوجب عليه حقا له والاصل عدمه

﴿فصل﴾ اذا جنى على رجل جناية فادعى المجنى عليه انه ذهب سمعه وأنكر الجانى امتحن فى أوقات غفلاته بالصياح مرة بعد مرة فان ظهر منه أمارات السماع فالقول قول الجانى لان الظاهر يشهد له ولا يقبل قوله من غير يمين لانه يحتمل أن يكون ما ظهر من أمارة السماع اتفاقا وان لم يظهر منه امارة السماع فالقول قول المجنى عليه لان الظاهر معه ولا يقبل قوله فى ذلك من غير يمين لجواز ان يكون ما ظهر من عدم السماع لجودة تحفظه وان ادعى نقصان السمع فالقول قوله مع يمينه لانه يتعذر اقامة البينة عليه ولا يعرف ذلك الا من جهته وما يدعيه محتمل فقبل قوله مع يمينه كما يقبل قول المرأة فى الحيض وان ادعى ذهاب السمع من احدى الاذنين سد التى لم يذهب السمع منها ثم يمتحن بالصياح فى أوقات غفلاته فان ظهر منه امارة السماع فالقول قول الجانى مع يمينه وان لم يظهر منه امارة السماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لما ذكرناه

﴿فصل﴾ وان ادعى المجنى عليه ذهاب شمه وأنكر الجانى امتحن فى أوقات غفلاته بالروائح الطيبة

والروائح المنتنة فان كان لا يرتاح الى الروائح الطيبة ولا يظهر منه كراهية الروائح المنتنة فالقول قوله لان الظاهر معه ويحلف عليه لجواز ان يكون قد تصنع لذلك وان ارتاح الى الروائح الطيبة وظهرت منه الكراهية للروائح المنتنة فالقول قول الجانى لان الظاهر يشهد له ويحلف على ذلك لجواز أن يكون ماظهر من المجنى عليه من الارتياح والتكره اتفاقا وان حلف المجنى عليه على ذهاب شمه ثم غطى أنفه عند رائحة منتنة فادعى الجانى انه غطاه لبقاء شمه وادعى المجنى عليه انه غطاه لحاجة أو لعادة فالقول قول المجنى عليه لانه يحتمل مايدعيه

(فصل) وان كسر صلب رجل فادعى المجنى عليه انه ذهب جماعه فالقول قوله مع يمينه لان مايدعيه محتمل ولا يعرف ذلك الامن جهته فقبل قوله مع يمينه كالمرأة فى دعوى الحيض

(فصل) وان اصطدمت سفينتان فتلفتا وادعى صاحب السفينة على القيم انه فرط فى ضبطها وأنكر القيم ذلك فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم التفريط وبراءة الذمة

(فصل) اذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ثم اختلفا فقال الضارب ما اسقطت من ضربى وقالت المرأة أسقطت من ضربك نظرت فان كان الاسقاط عقيب الضرب فالقول قولها لان الظاهر معها وان كان الاسقاط بعد مدة نظرت فان بقيت المرأة متألمة الى أن أسقطت فالقول قولها لان الظاهر معها وان لم تكن متألمة فالقول قوله لانه يحتمل مايدعيه كل واحد منهما والاصل براءة الذمة وان اختلفا فى التألم فالقول قول الجانى لان الاصل عدم التألم وان ضربها فأسقطت جنينا حيا ومات واختلفا فقالت المرأة مات من ضربك وقال الضارب مات بسبب آخر فان مات عقيب الاسقاط فالقول قولها لان الظاهر معها وانه مات من الجناية وان مات بعد مدة ولم تقم البينة انه بقى متألما الى ان مات فالقول قول الضارب مع يمينه لانه يحتمل مايدعيه والاصل براءة الذمة وان أقامت بينة انه بقى متألما الى أن مات فالقول قولها مع اليمين لان الظاهر انه مات من جنايته

(فصل) وان اختلفا فقالت المرأة استهل ثم مات وأنكر الضارب فالقول قوله لان الاصل عدم الاستهلال وان ألقت جنينا حيا ومات ثم اختلفا فقال الضارب كان أنثى وقالت المرأة كان ذكرا فالقول قول الضارب لان الاصل براءة الذمة مما زاد على دية الانثى

(فصل) وان ادعى رجل على رجل قتلا تجب فيه الدية على العاقلة وصدقه المدعى عليه وأنكرت العاقلة وجبت الدية على الجانى باقراره ولا تجب على العاقلة من غير بينة لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال لاتحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولانه لو قبلنا اقراره على العاقلة لم يؤمن ان يواطئ فى كل وقت من يقر له بقتل الخطأ فيؤدى الى الاضرار بالعاقلة وان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا فقال الجانى كان ميتا وقالت المرأة كان حيا فالقول قول الجانى لانه يحتمل مايدعيه كل واحد منهما والاصل براءة الذمة وان صدق الجانى المرأة وأنكرت العاقلة وجب على العاقلة قدر الغرة لانهم تعترف بأكثر منه ووجبت الزيادة فى مال الجانى لان قوله مقبول على نفسه دون العاقلة

(فصل) اذا سلم من عليه الدية الابل وقبضها الولى ثم اختلفا فقال الولى لم يكن فيها خلفات وقال من عليه الدية كانت فيها خلفات فان لم يرجع فى حال الدفع الى قول أهل الخبرة فالقول قول الولى لان الاصل عدم الحمل فان رجع فى الدفع الى قول أهل الخبرة ففيه وجهان أحدهما ان القول قول الولى لما ذكرناه والثانى ان القول قول من عليه الدية لانا حكمنا بانها حوامل بقول أهل الخبرة فلم يقبل فيه قول الولى

باب كفارة القتل

من قتل من يحرم عليه قتله من مسلم أو كافر له أمان خطأ وهو من أهل الضمان وجبت عليه الكفارة

(قوله تصنع لذلك) التصنع تكلف حسن السمت وتصنعت المرأة اذا صنعت نفسها

لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقوله تبارك وتعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فان قتله عمدا أو شبه عمد وجبت عليه الكفارة لانها اذا وجبت فى قتل الخطأ مع عدم المأثم فلان تجب فى العمد وشبه العمد وقد تغلظ بالاثم أولى وان توصل الى قتله بسبب يضمن فيه النفس كحفر البئر وشهادة الزور والاكراه وجبت عليه الكفارة لان السبب كالمباشرة فى ايجاب الضمان فكان كالمباشر فى ايجاب الكفارة فان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا وجبت عليه الكفارة لانه آدمى محقون الدم لحرمته فضمن بالكفارة كغيره وان قتل نفسه أو قتل عبده وجبت عليه الكفارة لان الكفارة تجب لحق الله تعالى وقتل نفسه وقتل عبده كغيرهما فى التحريم لحق الله تعالى فكان كقتل غيرهما فى ايجاب الكفارة فان اشترك جماعة فى قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفارة ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر انه يجب على الجميع كفارة واحدة لانها كفارة تجب بالقتل فاذا اشترك الجماعة فيه وجبت عليهم كفارة واحدة كالكفارة فى قتل الصيد والمشهور هو الاول لانها كفارة لا تجب على سبيل البدل فاذا اشترك الجماعة فى سببها وجب على كل واحد منهم كفارة ككفارة الطيب واللباس

﴿فصل﴾ والكفارة عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع ففيه قولان أحدهما يلزمه اطعام ستين مسكينا كل مسكين مدا من الطعام لانه كفارة يجب فيها العتق أو صيام شهرين فوجب فيها اطعام ستين مسكينا قياسا على كفارة الظهار والجماع فى رمضان والثانى لا يلزمه الاطعام لان الله تعالى ذكر العتق والصيام ولم يذكر الاطعام ولو وجب ذلك لذكره كما ذكره فى كفارة الظهار وصفة الرقبة والصيام والطعام اذا أوجبناه على ما ذكرنا فى الظهار فاغنى عن الاعادة

﴿كتاب قتال أهل البغى﴾

لا يجوز الخروج على الامام لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من نزع يده من طاعة امامه فانه يأتى يوم القيامة ولا حجة له ومن مات وهو مفارق للجماعة فانه يموت ميتة جاهلية وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حمل علينا السلاح فليس منا

﴿فصل﴾ اذا خرجت على الامام طائفة من المسلمين ورامت خلعه بتأويل أو منعت حقا توجه عليها بتأويل وخرجت عن قبضة الامام وامتنعت بمنعة قاتلها الامام لقوله عز وجل وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله ولان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قاتل مانعى الزكاة وقاتل على كرم الله وجهه أهل البصرة يوم الجمل وقاتل معاوية بصفين وقاتل الخوارج بالنهروان ولا يبدأ بالقتال حتى يسألهم ما ينقمون منه فان ذكروا مظلمة أزالها وان ذكروا علة يمكن ازاحتها أزاحها وان ذكروا شبهة كشفها لقوله تعالى فاصلحوا بينهما وفيما ذكرناه اصلاح وروى عبد الله بن شداد بن الهاد ان عليا كرم الله وجهه لما كاتب معاوية وحكم وعتب عليه ثمانية آلاف ونزلوا بأرض يقال لها حروراء فقالوا انسلخت من قميص ألبسك الله وحكمت فى دين الله ولا حكم الا لله فقال على بينى و بينكم كتاب الله يقول الله تعالى فى رجل وامرأة وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا

(من باب قتال أهل البغى) البغى التعدى وكل مجاوزة وافراط عن المقدار الذى هو حد الشئ فهو بغى والبغى الظلم والبغى أيضا الفجور والباغية التى تعدل عن الحق وما عليه أئمة المسلمين يقال بغى الجرح اذا ترامى الى الفساد (قوله من حمل علينا السلاح فليس منا) دليل على تكفير الخوارج ومن يقاتل المسلمين بغير حق ويحتمل أن يكون معناه فليس من أخلاقنا ولا ممن يستن بديننا كما قالوا فى الحديث الآخر من غشنا فليس منا (قوله بتأويل) التأويل تفسير ما يؤول اليه الشئ وقد أوته تأويلا (قوله وامتنعت بمنعة) السماع بسكون النون والقياس فتحها جمع مانع مثل كافر وكفرة (قوله حتى تفىء الى أمر الله) أى حتى ترجع يقال فاء يفئ فيأ اذا رجع (قوله ينقمون) يعتبون أو يكرهون و ينكرون و يسخطون ومنه قوله تعالى وما نقموا منهم الا أن يؤمنوا بالله وانسلخت من قميص أى خرجت منه كما تنسلخ الحية من جلدها

يوفق الله بينهما وأمة محمد صلى الله عليه وسلم أعظم دما وحرمة من امرأة ورجل وتقدموا الى كانت معاوية من علي بن أبي طالب وجاء سهيل بن عمرو ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية حين صالح قومه قريشا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكتب من محمد رسول الله فقالوا لو نعلم انك رسول الله لم نخالفك فقال اكتب فكتب هذا ما قاضى عليه محمد قريشا يقول الله عز وجل لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر وبعث اليهم عبد الله بن عباس فواضعوا عبد الله كتاب الله تعالى ثلاثة أيام ورجع منهم أربعة آلاف فان أبوا وعظهم وخوفهم القتال فان أبوا قاتلهم فان طلبوا الانظار نظرت فان كان يومين أو ثلاثة أنظرهم لان ذلك مدة قريبة ولعلهم يرجعون الى الطاعة فان طلبوا أكثر من ذلك بحث عنه الامام فان كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أمهلهم وان كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظرهم لما في الانظار من الاضرار وان أعطوا على الانظار رهائن لم يقبل منهم لانه لا يؤمن أن يكون هذا مكرا وطريقا الى قهر أهل العدل وان بذلوا عليه مالا لم يقبل لما ذكرناه ولان فيه اجراء صغار على طائفة من المسلمين فلم يجز كأخذ الجزية منهم

﴿فصل﴾ ولا يتبع في القتال مدبرهم ولا يذفف على جريحهم لما روى عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا ابن أم عبد ما حكم من بغى من أمتي فقلت الله ورسوله أعلم فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيؤهم وعن علي كرم الله وجهه أنه قال لا تجيزوا على جريح ولا تتبعوا مدبرا وعن أبي أمامة قال شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يطلبون موليا ولا يسلبون قتيلا ولان قتالهم للدفع والرد الى الطاعة دون القتل فلا يجوز فيه القصد الى القتل من غير حاجة وان حضر معهم من لا يقاتل ففيه وجهان أحدهما لا يقصد بالقتل لان القصد من قتالهم كفهم وهذا قد كف نفسه فلم يقصد والثاني يقتل لان عليا كرم الله وجهه نهاهم عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال اياكم وقتل صاحب البرنس فقتله رجل وأنشأ يقول

وأشعث قوّام بآيات ربه * قليل الاذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه * فخر صريعا لليدين وللفم
على غير شيء غير أن ليس تابعا * عليا ومن لا يتبع الحق يظلم
يناشدني حم والرمح شاجر * فهلا تلا حم قبل التقدم

ولم ينكر علي كرم الله وجهه قتله ولانه صار ردأ لهم ولا تقتل النساء والصبيان كما لا يقتلون في حرب

(قوله أسوة حسنة) الاسوة القدوة التي يجب اتباعها ويؤتم بها ويهتدى اليها الضال يقال أسوة واسوة بالضم والكسر (قوله واضعوا عبد الله كتاب الله) المواضعة المراهنة يقال واضعني على كذا أي ضع رهنا وأضع رهنا على أن من غلب وفلج أخذ الرهن (قوله اجراء صغار) أي ذل وهوان (قوله ولا يذفف على جريحهم) الذف الاجهاز على الجريح وهو قتله وكذا الزفاف قال أبو عبيد يروى بالدال والذال معا يقال ذفف على الجريح تذفيفا وكذا قوله لا يجاز على جريحهم بمعناه أي لا يقتل وقال بعضهم هو الاسراع يقال أجهزت على الجريح اذا أسرعت قتله من قولهم فرس جهيز أي سريع الشد قال هذا القائل ويقال أيضا ذففت على القتيل اذا أسرعت قتله ومنه قولهم خفيف ذفيف وقال الازهري لا يجهز لا يتمم ويقال ذففت على الجريح اذا عجلت قتله (قوله محمد بن طلحة السجاد) سمي بذلك لانه كان الى ألف نخلة يسجد كل يوم تحت كل نخلة سجدة (قوله صاحب البرنس) قال الجوهري البرنس قلنسوة طويلة وكان النساك يلبسونها في صدر الاسلام وقد تبرنس الرجل قاله الجوهري في صحاحه وذكر غيره أنه مثل القبل الا أن فيه شيأ متصلا يكون على الرأس وقال في ديوان الادب البرنس كساء (قوله وأشعث قوام) الاشعث مغبر الرأس هتكت خرقت بصدر الرمح أي أوله وهو السنان وصدر كل شيء أوله كما أن عجزه آخره جيب قميصه كنى به عن نحره وهو موضع الجيب استعاره وعبر به عنه فخر صريعا أي سقط سريعا لليدين والفم أي على اليدين وعلى الفم كما يقال خر لوجهه أي على وجهه

(قوله يناشدني حم) يقال نشدته الله أنشده نشدا وناشدته اذا قلت له نشدتك الله أي سألتك بالله كأنك ذكرته به فنشد أي تذكر (قوله حم) أراد سورة حم أي طلب اليه بفضلها وحرمتها جعلها اسما للسورة ومنعه الصرف لانه علم مؤنث ذكره الزمخشري قال وفي الحديث حم لا ينصرون قال وفي هذا نظر لان حم يس مذكور في أسماء الله معدودة لان أسماءه قد ست فيه شئ لا وهو صفة مفصحة عن ثناء ومجد وحم يس لاسمي حرفين من حروف المعجم ولا معنى تحته ولم أجد من تعرض لذكر ومعانى كثيرة لا يحتمل هذا المختصر ذكرها (قوله والرمح شاجر) يقال شجره بالرمح طعنه وتشاجروا بالرماح أي تطاعنوا وقد تقدم ذكر تشاجروا (قوله فهلا تلا حم) لا بمعنى ليس وتاء متأنيث وقد دخلت على ثلاثة أحرف وهي لا ولات وثمت ورب وربت (قوله صار ردأ لهم) أي عونا والردء العون ومنه قوله تعالى ردأ يصدقني في قراءة من همز وأما من لم يهمز فمعناه زيادة وسموا الخوارج لانهم خرجوا

الكفار فان قاتلوا جاز قتلهم كما يجوز قتلهم اذا قصد واقتله في غير القتال ويكره أن يقصد قتل ذي رحم محرم كما يكره في قتال الكفار فان قتله لم يكره كما لا يكره اذا قصد قتله في غير القتال

(فصل) ولا يقتل أسيرهم لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن مسعود ولا يقتل أسيرهم فان قتله ضمنه بالدية لانه بالاسر صار محقون الدم فصار كما لو رجع الى الطاعة وهل يضمنه بالقصاص فيه وجهان أحدهما يضمنه لما ذكرناه والثاني لا يضمنه لان أبا حنيفة رحمه الله يجيز قتله فصار ذلك شبهة في اسقاط القود فان كان الاسير حرا بالغا فدخل في الطاعة أطلقه وان لم يدخل في الطاعة حبسه الى أن تنقضي الحرب ليكف شره ثم يطلقه ويشرط عليه أن لا يعود الى القتال وان كان عبدا أو صبيا لم يحبسه لانه ليس من أهل البيعة ومن أصحابنا من قال يحبسه لان في حبسه كسر القلوبهم

(فصل) ولا يجوز قتالهم بالنار والرمي عن المنجنيق من غير ضرورة لانه لا يجوز أن يقتل الامن يقاتل والقتل بالنار أو المنجنيق يعم من يقاتل ومن لا يقاتل وان دعت اليه الضرورة جاز كما يجوز أن يقتل من لا يقاتل اذا قصد قتله للدفع ولا يستعين في قتالهم بالكفار ولا بمن يرى قتلهم مدبرين لان القصد كفهم وردهم الى الطاعة دون قتلهم وهؤلاء يقصدون قتلهم فان دعت الحاجة الى الاستعانة بهم فان كان يقدر على منعهم من اتباع المدبرين جاز وان لم يقدر لم يجز

(فصل) وان اقتتل فريقان من أهل البغي فان قدر الامام على قهرهما لم يعاون واحدا منهما لان الفريقين على الخطأ وان لم يقدر على قهرهما ولم يأمن أن يجتمعا على قتاله ضم الى نفسه أقربهما الى الحق فان استويا في ذلك اجتهد في رأيه في ضم أحدهما الى نفسه ولا يقصد بذلك معاونته على الآخر بل يقصد الاستعانة به على الآخر فاذا انهزم الآخر لم يقاتل الذي ضمه الى نفسه حتى يدعوه الى الطاعة لانه حصل بالاستعانة به في أمانه

(فصل) ولا يجوز أخذ مالهم لحديث ابن مسعود وحديث أبي أمامة في صفين ولان الاسلام عصم دمهم ومالهم وانما أبيح قتالهم للدفع والرد الى الطاعة وبقي حكم المال على ما كان فلم يجز أخذه كمال قطاع الطريق ولا يجوز الانتفاع بسلاحهم وكراعهم من غير اذنهم من غير ضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولان من لا يجوز أخذ ماله لم يجز الانتفاع بماله من غير اذنه ومن غير ضرورة كغيرهم وان اضطر اليه جاز كما يجوز أكل مال غيره عند الضرورة

(فصل) وان أتلف أحد الفريقين على الآخر نفسا أو مالا في غير القتال وجب عليه الضمان لان تحريم نفس كل واحد منهما وماله كتحريمهما قبل البغي فكان ضمانهما كضمانهما قبل البغي وان أتلف أهل العدل على أهل البغي نفسا أو مالا في حال الحرب بحكم القتال لم يجب عليه الضمان لانه مأمور باتلافه فلا يلزمه ضمانه كما لو قتل من يقصد نفسه أو ماله من قطاع الطريق واذا أتلف أهل البغي على أهل العدل ففيه قولان أحدهما يجب عليه الضمان لانه أتلف عليه بعدوان فوجب عليه الضمان كما لو أتلف عليه في غير القتال والثاني لا يجب عليه الضمان وهو الصحيح لما روى عن الزهري أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فاجمعوا على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولا يقتل رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ولانها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل فلم تضمن ما تتلف على الاخرى بحكم الحرب كأهل العدل ومن أصحابنا من قال القولان في غير القصاص فاما القصاص فلا يجب قولا واحدا لانه يسقط بالشبهة ولهم في القتل شبهة

(فصل) وان استعان أهل البغي بأهل الحرب في القتال وعقدوا لهم أمانا وذمة بشرط المعاونة لم ينعقد لان من شرط الذمة والامان أن لا يقاتلوا المسلمين فلم ينعقد على شرط القتال فان عاونوهم جاز لاهل

عن الطاعة الواحد خارجي (قوله المنجنيق) بفتح الميم وكسرها قاله ابن قتيبة في أدب الكاتب وهو فارسي معرب (قوله عصم دمهم) أي أمسك لا عاصم اليوم من أمر الله لا مانع ولا ممسك واعتصموا بحبل الله تمسكوا به (قوله الانتفاع بسلاحهم وكراعهم) قال الجوهري الكراع اسم يجمع الخيل

العدل قتلهم مدبرين وجاز أن يذفف على جريحهم وان أسروا جاز قتلهم واسترقاقهم والمن عليهم والمفاداة لهم لانه لا عهد لهم ولا ذمة فصاروا كما لو جاؤا منفردين عن أهل البغى ولا يجوز شئ من ذلك لمن عاونهم من أهل البغى لانهم بذلوا لهم الذمة والامان فلزمهم الوفاء به وان استعانوا بأهل الذمة فعاونوهم نظرت فان قالوا كنا مكرهين أو ظننا أنه يجوز أن نعاونهم عليكم كما يجوز أن نعاونكم عليهم لم تنتقض الذمة لان ما ادعوه محتمل فلا يجوز نقض العقد مع الشبهة وان قاتلوا معهم عالمين من غير اكراه فان كان قد شرط عليهم ترك المعاونة فى عقد الذمة انتقض العهد لانه زال شرط الذمة وان لم يشترط ذلك ففيه قولان أحدهما ينتقض كما لو انفردوا بالقتال لاهل العدل والثانى لا ينتقض لانهم قاتلوا تابعين لاهل البغى فاذا قلنا لا ينتقض عهدهم كانوا فى القتال كأهل البغى لا يتبع مدبرهم ولا يذفف على جريحهم وان أتلفوا نفسا أو مالا فى الحرب لزمهم الضمان قولا واحدا والفرق بينهم وبين أهل البغى ان فى تضمين أهل البغى تنفيرا عن الرجوع الى الطاعة فسقط عنهم الضمان فى أحد القولين ولا يخاف تنفير أهل الذمة لانا قد أمناهم على هذا القول وان استعانوا بمن لهم أمان الى مدة فعاونوهم انتقض أمانهم فان ادعوا أنهم كانوا مكرهين ولم تكن لهم بينة على الاكراه انتقض الأمان والفرق بينهم وبين أهل الذمة فى أحد القولين ان الامان المؤقت ينتقض بالخوف من الخيانة فانتقض بالمعاونة وعقد الذمة لا ينتقض بالخوف من الخيانة فلم ينتقض بالمعاونة

﴿فصل﴾ وان ولوا فيما استولوا عليه قاضيا نظرت فان كان ممن يستبيح دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ حكمه لان من شرط القضاء العدالة والاجتهاد وهذا ليس بعدل ولا مجتهد وان كان ممن لا يستبيح دماءهم ولا أموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضى أهل العدل ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضى أهل العدل لان لهم تأويلا يسوغ فيه الاجتهاد فلم ينقض من حكمه ما يسوغ فيه الاجتهاد وان كتب قاضيهم الى قاضى أهل العدل استحب أن لا يقبل كتابه استهانة بهم وكسرا لقلوبهم فان قبله جاز لانه ينفذ حكمه فجاز الحكم بكتابه كقاضى أهل العدل

﴿فصل﴾ وان استولوا على بلد وأقاموا الحدود وأخذوا الزكاة والخراج والجزية اعتد به لان عليا كرم الله وجهه قاتل أهل البصرة ولم يلغ ما فعلوه وأخذوه ولان ما فعلوه وأخذوه بتأويل سائغ فوجب امضاؤه كالحاكم اذا حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد فان عاد البلد الى أهل العدل فادعى من عليه الزكاة انه دفعها الى أهل البغى قبل قوله وهل يحلف عليه مستحب أو واجب فيه وجهان ذكرناهما فى الزكاة وان ادعى من عليه الجزية انه دفعها اليهم لم يقبل قوله لانها عوض فلم يقبل قوله فى الدفع كالمستأجر اذا ادعى دفع الاجرة وان ادعى من عليه الخراج أنه دفعه اليهم ففيه وجهان أحدهما يقبل قوله لانه مسلم فقبل قوله فى الدفع كما قلنا فيمن عليه الزكاة والثانى لا يقبل لان الخراج ثمن أو أجرة فلم يقبل قوله فى الدفع كالثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة

﴿فصل﴾ وان أظهر قوم رأى الخوارج ولم يخرجوا عن قبضة الامام لم يتعرض لهم لان عليا كرم الله وجهه سمع رجلا من الخوارج يقول لا حكم الا لله تعريضا له فى التحكيم فى صفين فقال كلمة حق أريد بها باطل ثم قال لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولا نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم معنا ولا نبدؤكم بقتال ولان النبى صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة فلأن لا يتعرض لاهل البغى وهم من المسلمين أولى وحكمهم فى ضمان النفس والمال والحد حكم أهل العدل لان ابن ملجم جرح عليا كرم الله وجهه فقال أطعموه واسقوه واحبسوه فان عشت فأنا ولى دمى أعفو ان شئت وان شئت استقدت وان مت فاقتلوه ولا تمثلوا به فقتل

(قوله فاقتلوا ولا تمثلوا) أى لا تنكلوا مشددا ومثل بالقتيل مخففا اذا جدعه والاسم المثلة عن الجوهرى وفى الحديث نهى أن يمثل بالدواب وأن يؤكل الممثول وهو أن ينصب ويرمى

فهل يتحتم قتله فيه وجهان أحدهما يتحتم لانه قتل بشهر السلاح فانحتم قتله كقاطع الطريق والثانى لايتحتم وهو الصحيح لقول على كرّم الله وجهه أعفو ان شئت وان شئت استقدت وان سبوا الامام أو غيره من أهل العدل عزروا لانه محرم ليس فيه حد ولا كفارة فوجب فيه التعزير وان عرضوا بالسب ففيه وجهان أحدهما يعزرون لانهم اذا لم يعزروا على التعريض صرحوا وخرقوا الهيبة والثانى لايعزرون لما روى أبو يحيى قال صلى بنا على رضى الله عنه صلاة الفجر فناداه رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين فاجابه على رضوان الله عليه وهو فى الصلاة فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون ولم يعزره

﴿فصل﴾ وان خرجت على الامام طائفة لامنعة لها أو أظهرت رأى الخوارج كان حكمهم فى ضمان النفس والمال والحدود حكم أهل العدل لانه لايخاف نفورهم لقلتهم وقدرة الامام عليهم فكان حكمهم فيما ذكرناه حكم الجماعة كما لو كانوا فى قبضته

﴿فصل﴾ وان خرجت طائفة من المسلمين عن طاعة الامام بغير تأويل واستولت على البلاد ومنعت ما عليها وأخذت مالا يجوز أخذه قصدهم الامام وطالبهم بما منعوا ورد ما أخذوا وغرمهم ما أتلفوه بغير حق وأقام عليهم حدود ما ارتكبوا لانه لا تأويل لهم فكان حكمهم ما ذكرناه كقطاع الطريق

﴿باب قتل المرتد﴾

تصح الردة من كل بالغ عاقل مختار فاما الصبى والمجنون فلا تصح ردتهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وأما السكران ففيه طريقان من أصحابنا من قال تصح ردته قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بينا ذلك فى الطلاق فاما المكره فلا تصح ردته لقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان وان تلفظ بكلمة الكفر وهو أسير لم يحكم بردته لانه مكره وان تلفظ بها فى دار الحرب فى غير الاسر حكم بردته لان كونه فى دار الحرب لا يدل على الاكراه وان أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر لم يحكم بردته لانه قد يأكل ويشرب من غير اعتقاد ومن أكره على كلمة الكفر فالافضل أن لا يأتى بها لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الايمان أن يكون الله ورسوله أحب اليه مما سواهما وأن يحب المرء لا يحبه الا لله عز وجل وأن يكره ان يعود فى الكفر كما يكره أن توقد نار فيقذف فيها وروى خباب بن الارت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان كان الرجل ممن كان قبلكم ليحفر له فى الارض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فتوضع على رأسه ويشق باثنتين فلا يمنعه ذلك عن دينه ويمشط بأمشاط الحديد ما دون عظمه من لحم وعصب ما يصده ذلك عن دينه ومن أصحابنا من قال ان كان ممن يرجو النكاية فى العدو أو القيام بأحكام الشرع فالافضل له أن يدفع القتل عن نفسه ويتلفظ بكلمة الكفر لما فى بقائه من صلاح المسلمين وان كان لا يرجو ذلك اختار القتل

﴿فصل﴾ اذا ارتد الرجل وجب قتله لما روى أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث رجل كفر بعد اسلامه أو زنى بعد احصانه أو قتل نفسا بغير نفس فان ارتدت امرأة وجب قتلها لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت عن الاسلام فبلغ أمرها الى النبى صلى الله عليه وسلم فامر أن تستتاب فان تابت والا قتلت وهل يجب أن يستتاب أو يستحب فيه قولان أحدهما لا يجب لانه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمنه القاتل ولو وجبت الاستتابة لضمنه والثانى انها تجب لما روى انه لما ورد على عمر رضى

السلاح شهرا اذا سله (قوله خرقوا الهيبة) استهانوا بها وهتكوها من خرقت الثوب (قوله ليحبطن عملك) أى يذهب باطلا بغير ثواب يقال حبط عمله حبطا بالتسكين وحبوطا بطل ثوابه قال أبو عمرو والاحباط أن يذهب ماء الركية فلا يعود كما كان (قوله ولا يستخفنك الذين لا يوقنون) استخفه ضد استثقله واستخفه أهانه واستخفه عن رأيه اذا حمله على الجهل وأزاله عما كان عليه من الصواب ومعناه لا يستفزنك ولا يستجهلنك (ومن باب قتل المرتد) الارتداد الرجوع عن الدين والاسم الردة وورد عن الشئ رجع عنه (قوله وقلبه مطمئن بالايمان) اطمأن سكن يقال اطمأن الرجل طمأنينة واطمئنانا واطمأن الى كذا اذا سكن اليه وقبله قلبه واستأنس به (قوله فيقذف فيها) أى يرمى به ويطرح (قوله فى الحديث فيجاء بمنشار) يقال نشرت الخشبة أنشرها اذا قطعتها بالمنشار وكذا وشرت الخشبة بالميشار غير مهموز والمنشر بالنون [illegible] (قوله يرجو النكاية فى العدو) [illegible] [illegible] قتلت فيهم وجرحت أصله لوجع والالم [illegible] [illegible] قرح مؤاد [illegible]

رضي الله عنه فتح تستر فسألهم هل كان من مغربة خبر قالوا نعم رجل ارتد عن الاسلام ولحق بالمشركين فاخذناه وقتلناه قال فهلا أدخلتموه بيتا وأغلقتم عليه بابا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه ثلاثا فان تاب والا قتلتموه اللهم اني لم أشهد ولم آمر ولم أرض اذ بلغني ولو لم تجب الاستتابة لما تبرأ من فعلهم فان قلنا انه تجب الاستتابة أو تستحب ففي مدتها قولان أحدهما انها ثلاثة أيام لحديث عمر رضي الله عنه ولان الردة لا تكون الا عن شبهة وقد لا يزول ذلك بالاستتابة في الحال فقدر بثلاثة أيام لانه مدة قريبة يمكن فيها الارتياء والنظر ولهذا قدر به الخيار في البيع والثاني وهو الصحيح انه يستتاب في الحال فان تاب والا قتل لحديث أم رومان ولانه استتابة من الكفر فلم تتقدر بثلاث كاستتابة الحربي وان كان سكرانا فقد قال الشافعي رحمه الله تؤخر الاستتابة فمن أصحابنا من قال تصح استتابته والتأخير مستحب لانه تصح ردته فصحت استتابته ومنهم من قال لا تصح استتابته ويجب التأخير لان ردته لا تكون الا عن شبهة ولا يمكن بيان الشبهة ولا اظهار التهامه السكر وان ارتد ثم جن لم يقتل حتى يفيق ويعرض عليه الاسلام لان القتل يجب بالردة والاصرار عليها والمجنون لا يوصف بأنه مصر على الردة

﴿فصل﴾ واذا تاب المرتد قبلت توبته سواء كانت ردته الى كفر ظاهر به أهله أو الى كفر يستتر به أهله كالتعطيل والزندقة لما روى أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله فاذا شهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله واستقبلوا قبلتنا وصلوا صلاتنا وأكلوا ذبيحتنا فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم الا بحقها ولهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولان النبي صلى الله عليه وسلم كف عن المنافقين لما أظهروا من الاسلام مع ما كانوا يبطنون من خلافه فوجب أن يكف عن المعطل والزنديق لما يظهرونه من الاسلام فان كان المرتد ممن لا تأويل له في كفره فأتى بالشهادتين حكم باسلامه لحديث أنس رضي الله عنه فان صلى في دار الحرب حكم باسلامه وان صلى في دار الاسلام لم يحكم باسلامه لانه يحتمل أن تكون صلاته في دار الاسلام للمراآة والتقية وفي دار الحرب لا يحتمل ذلك فدل على اسلامه وان كان ممن يزعم أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث الى العرب وحدها أو ممن يقول ان محمدا نبي يبعث وهو غير الذي بعث لم يصح اسلامه حتى يتبرأ مع الشهادتين من كل دين خالف الاسلام لانه اذا اقتصر على الشهادتين احتمل أن يكون أراد ما يعتقده وان ارتد بجحود فرض أو استباحة محرم لم يصح اسلامه حتى يرجع عما اعتقده ويعيد الشهادتين لانه كذب الله وكذب رسوله بما اعتقده في خبره فلا يصح اسلامه حتى يأتي بالشهادتين وان ارتد ثم أسلم ثم ارتد ثم أسلم وتكرر منه ذلك قبل اسلامه ويعزر على تهاونه بالدين وقال أبو اسحق لا يقبل اسلامه اذا تكررت ردته وهذا خطأ لقوله عز وجل قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ولانه أتى بالشهادتين بعد الردة فحكم باسلامه كما لو ارتد مرة ثم أسلم

﴿فصل﴾ وان ارتد ثم أقام على الردة فان كان حرا كان قتله الى الامام لانه قتل يجب لحق الله تعالى فكان الى الامام كرجم الزاني فان قتله غيره بغير اذنه عزر لانه افتات على الامام فان كان عبدا ففيه وجهان أحدهما انه يجوز للمولى قتله لانه عقوبة تجب لحق الله تعالى فجاز للمولى اقامتها كحد الزنا والثاني لا يجوز للمولى قتله لانه حق لله عز وجل لا يتصل بحق المولى فلم يكن للمولى فيه حق بخلاف حد الزنا فانه يتصل بحقه في اصلاح ملكه

﴿فصل﴾ اذا ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال أحدها انه لا يزول ملكه عنه وهو اختيار المزني

اذا نحيته عن بلده ومنه تغريب الزاني ويقال أغرب عني أي ابعد والمعنى في الحديث هل من خبر جديد جاء من بلد بعيد (قوله الارتياء والنظر) هو الافتعال من الرأي والتدبير والتفكر في الامر وعاقبته وصلاحه والنظر هو التفكر أيضا (قوله والاصرار عليها) يقال أصررت على الشئ اذا أقمت ودمت (قوله كالتعطيل والزندقة) التعطيل مذهب قوم يذهبون الى ان لا اله يعبد ولا جنة ولا نار مأخوذ من المرأة العاطل وهي التي لا حلي عليها ومن الاناء العاطل أي الفارغ وفي القرآن وبئر معطلة والزندقة مذهب الثنوية وهو معرب واحد يقال زنديق والجمع زنادقة وكان مذهب قوم من قريش في الجاهلية والثنوية يزعمون أن مع الله ثانيا تعالى الله عن ذلك ذكره في شمس العلوم والمشهور أن الزنديق الذي يظهر الاسلام ويخفي الكفر كالمنافق قال الازهري والذي يقوله الناس زنديق فان أحمد بن يحيى زعم أن العرب لا تعرفه قال ويقال زندق وزندق اذا كان بخيلا (قوله للمراآة والتقية) هي مصدر راءى يرائي مراآة وهو أن يرى الناس الاسلام ويبطن خلاف ذلك والتقية فعيلة من الاتقاء وهو أن يدفع بما يتقي عنه المكروه وتاؤها مبدلة من واو وكذلك التقوى

رحمه الله لانه لم يوجد أكثر من سبب يبيح الدم وهذا لا يوجب زوال الملك عن ماله كما لو قتل أو زنى والقول الثانى أنه يزول ملكه عن ماله وهو الصحيح لما روى طارق بن شهاب أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لوفد بزاخة وغطفان نغنم ما أصبنا منكم وتردون الينا ما أصبتم منا ولانه عصم بالاسلام دمه وماله ثم ملك المسلمون دمه بالردة فوجب أن يملكوا ماله بالردة والقول الثالث أنه مراعى فان أسلم حكمنا بأنه لم يزل ملكه وان قتل أو مات على الردة حكمنا بأنه زال ملكه لان ماله معتبر بدمه ثم استباحة دمه موقوفة على توبته فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفا وعلى هذا فى ابتداء ملكه بالاصطياد والابتياع وغيرهما الاقوال الثلاثة أحدها يملك والثانى لا يملك والثالث أنه مراعى فان قلنا ان ملكه قد زال بالردة صار المال فيأ للمسلمين وأخذ الى بيت المال وان قلنا انه لا يزول أو مراعى حجر عليه ومنع من التصرف فيه لانه تعلق به حق المسلمين وهو متهم فى اضاعته فحفظ كما يحفظ مال السفيه وأما تصرفه فى المال فانه ان كان بعد الحجر لم يصح لانه حجر ثبت بالحاكم فمنع صحة التصرف فيه كالحجر على السفيه وان كان قبل الحجر ففيه ثلاثة أقوال بناء على الاقوال فى بقاء ملكه أحدها أنه يصح والثانى أنه لا يصح والثالث أنه موقوف

(فصل) وان ارتد وعليه دين قضى من ماله لانه ليس بأكثر من موته ولو مات قضيت ديونه فكذلك اذا ارتد

(فصل) ولا يجوز استرقاقه لانه لا يجوز اقراره على الكفر فان ارتد وله ولد أو حمل كان محكوما باسلامه فاذا بلغ ووصف الكفر قتل وقال أبو العباس فيه قول آخر انه لا يقتل لان الشافعى رحمه الله قال ولو بلغ فقتله قاتل قبل ان يصف الاسلام لم يجب عليه القود والمذهب الاول لانه محكوم باسلامه وانما أسقط الشافعى رحمه الله القود بعد البلوغ للشبهة وهو انه بلغ ولم يصف الاسلام ولهذا لو قتل قبل البلوغ وجب القود وان ولد له ولد بعد الردة من ذمية فهو كافر لانه ولد بين كافرين وهل يجوز استرقاقه فيه قولان أحدهما لا يجوز لانه لا يسترق أبواه فلم يسترق والثانى يسترق لانه كافر ولد بين كافرين فجاز استرقاقه كولد الحربيين فان قلنا لا يجوز استرقاقه استتيب بعد البلوغ فان تاب والا قتل وان قلنا يجوز استرقاقه فوقع فى الاسر فللامام أن يمن عليه وله أن يفادى به وله أن يسترقه كولد الحربيين غير انه اذا استرقه لم يجز اقراره على الكفر لانه دخل فى الكفر بعد نزول القرآن

(فصل) وان ارتدت طائفة وامتنعت بمنعة وجب على الامام قتالها لان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قاتل المرتدة ويتبع فى الحرب مدبرهم ويذفف على جريحهم لانه اذا وجب ذلك فى قتال أهل الحرب فلان يجب ذلك فى قتال المرتدة وكفرهم أغلظ أولى وان أخذ منهم أسير استتيب فان تاب والا قتل لانه لا يجوز اقراره على الكفر

(فصل) ومن أتلف منهم نفسا أو مالا على مسلم فان كان ذلك فى غير القتال وجب عليه ضمانه لانه التزم ذلك بالاقرار بالاسلام فلم يسقط عنه بالجحود كما لا يسقط عنه ما التزمه بالاقرار عند الحاكم بالجحود فان أتلف ذلك فى حال القتال ففيه طريقان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى وغيره من البغداديين انه على قولين كما قلنا فى أهل البغى والثانى وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى وغيره من البصريين انه يجب عليه الضمان قولا واحدا لانه لا ينفذ قضاء قاضيهم فكان حكمهم فى الضمان حكم قاطع الطريق والاول هو الصحيح انه على قولين أصحهما انه لا يجب الضمان لما روى طارق بن شهاب قال جاء وفد بزاخة وغطفان الى أبى بكر يسألونه الصلح فقال تدون قتلانا وقتلاكم فى النار فقال عمر ان قتلانا قتلوا على أمر الله ليس لهم ديات فتفرق الناس على قول عمر رضى الله عنه

(قوله أنه مراعى) أى منتظر وقوله لا تقولوا راعنا قد ذكر

(قوله النفاثات في العقد السواحر) والنفث شبيه بالنفخ وهو أقل من التفل والعقد جمع عقدة لان الساحرة تعقد عقدا في [illegible] وتنفث عليها بريقها كأنها ترقى (قوله ليس منا من سحر ولا سحر له أو تكهن أو تكهن له أو تطير أو تطير له) السحر صرف الشئ عن جهته الى غيرها قال الله تعالى ان يتبعون الا رجلا مسحورا أى مصروفا عن الحق وقوله بل نحن قوم مسحورون أى أزلنا وصرفنا بالتخييل عن معرفتنا وقوله صلى الله عليه وسلم ان من البيان لسحرا أى ما يصرف و يميل من يسمعه الى قوله وان كان ليس بحق (قوله تكهن أو تكهن) الكهانة ادعاء علم الغيب وكان في الجاهلية فابطله

الاسلام والطيرة أيضا من أمر الجاهلية وهي التشاؤم ومنه قوله تعالى يطيروا بموسى وكانوا يتشاءمون بالمرأة والفرس والدار وأصل الطيرة من زجر الطير والعيافة كانوا يزجرون الطير أى يشيرون ونهامن أماكنها فان طار الغراب قالوا اغربة وان طار الحمام قالوا حمام وما أشبهه والعيافة من عاف الشئ اذا كرهه

{فصل} للسحر حقيقة وله تأثير في ايلام الجسم واتلافه وقال أبو جعفر الاستراباذي من أصحابنا لا حقيقة له ولا تأثير له والمذهب الاول لقوله تعالى ومن شر النفاثات في العقد والنفاثات السواحر ولو لم يكن للسحر حقيقة لما أمر بالاستعاذة من شره وروت عائشة رضي الله عنها قالت سحر رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى انه ليخيل اليه انه قد فعل الشئ وما فعله ويحرم فعله لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من سحر أو سحر له وليس منا من تكهن أو تكهن له وليس منا من تطير أو تطير له ويحرم تعلمه لقوله تعالى ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر فذمهم على تعليمه ولان تعلمه يدعو الى فعله وفعله محرم فحرم ما يدعو اليه فان علم أو تعلم واعتقد تحريمه لم يكفر لانه اذا لم يكفر بتعلم الكفر فلان لا يكفر بتعلم السحر أولى وان اعتقد اباحته مع العلم بتحريمه فقد كفر لانه كذب الله تعالى في خبره ويقتل كما يقتل المرتد

{باب صول الفحل}

من قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه لما روى سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قاتل دون أهله أو ماله فقتل فهو شهيد وهل يجب عليه الدفع ينظر فيه فان كان في المال لم يجب لان المال يجوز اباحته وان كان في أهله وجب عليه الدفع لانه لا يجوز اباحته وان كان في النفس ففيه وجهان أحدهما انه يجب عليه الدفع لقوله عز وجل ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والثاني انه لا يجب لان عثمان رضي الله عنه لم يدفع عن نفسه ولانه ينال به الشهادة اذا قتل فجاز له ترك الدفع لذلك

{فصل} واذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد وان كان في موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد فان لم يندفع باليد دفعه بالعصا فان لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح فان لم يندفع الا باتلاف عضو دفعه باتلاف العضو فان لم يندفع الا بالقتل دفعه بالقتل وان عض يده ولم يمكنه تخليصها الا بفك لحييه فك لحييه وان لم يندفع الا بان يبعج جوفه بعج جوفه ولا يجب عليه في شئ من ذلك ضمان لما روى عمران بن الحصين قال قاتل يعلى بن أمية رجلا فعض أحدهما يد صاحبه فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية له ولان فعله [illegible] الى الاتلاف فلم يضمنه كما لو رمى حجرا فرجع الحجر عليه فقتله وان قدر على دفعه بالعصا فقطع عضوا وقدر على دفعه بالقطع فقتله وجب عليه الضمان لانه جناية بغير حق فأشبه اذا جنى عليه من غير دفع وان قصده ثم صرف عنه لم يتعرض له وان ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى لان القصد قد كف [illegible] وان قصده فقطع يده فولى عنه فقطع يده الاخرى وهو مول لم يضمن الاولى لانه قطع بحق ويضمن الثانية لانه قطع بغير حق وان مات منهما لم يجب عليه القصاص في النفس لانه مات من مباح ومحظور والولى

{من باب صول الفحل} صال الفحل يصول اذا وثب والمصاولة المواثبة وذلك مثل أن يعدو على الناس ويقتلهم (قوله من قاتل دون أهله فقتل فهو شهيد) أصل الشهادة الحضور ومنه الشهادة على الخصم وكأن الشهداء احضرت أنفسهم دار السلام [illegible] الجنة وروح غيرهم لا تشهدها الا بعد البعث وقيل سمي شهيدا لان الله تعالى وملائكته يشهدون له بالجنة وقيل سموا شهداء لانهم يستشهدون يوم القيامة مع النبي صلى الله عليه وسلم على الامم قال الله تعالى لتكونوا شهداء على الناس

لا تلقوا بايديكم الى التهلكة قال اليزيدي التهلكة [illegible] (قوله [illegible]) [illegible] صيح بضم الصاد وكسرها والاستغاثة [illegible] (قوله [illegible] بعج جوفه) [illegible] فهو معوج لاعضى [illegible] لرمة [illegible] الحبس [illegible] من [illegible] أصله [illegible] وفي عنقه [illegible] المشترى [illegible] برمته [illegible] فقد أخذه برمته أى أخذه كله وهي القطعة من الحبل [illegible] يصف الوتد

المقتول الخيار بين ان يقتص من اليد الثانية و بين ان يأخذ نصف دية النفس

﴿فصل﴾ وان وجد رجلا يزني بامرأته ولم يمكنه المنع الا بالقتل فقتله لم يجب عليه شيء فيما بينه و بين الله عز وجل لانه قتله بحق فان ادعى انه قتله لذلك وأنكر الولي ولم يكن بينة لم يقبل قوله فاذا حلف الولي حكم عليه بالقود لما روى أبو هريرة أن سعد بن عبادة قال يارسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء قال نعم فدل على انه لايقبل قوله من غير بينة وروى سعيد بن المسيب قال أرسل معاوية أباموسى الى علي كرم الله وجهه يسأله عن رجل وجد على امرأته رجلا فقتله فقال علي كرم الله وجهه لتخبرني لم تسأل عن هذا فقال ان معاوية كتب الي فقال علي أنا أبو الحسن ان جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا والا أعطى برمته يقول يقتل

﴿فصل﴾ وان صالت عليه بهيمة فلم تندفع الا بالقتل فقتلها لم يضمن لانه اتلاف بدفع جائز فلم يضمن كما لو قصده آدمي فقتله للدفع

﴿فصل﴾ فان اطلع رجل أجنبي في بيته على أهله فله أن يفقأ عينه لما روى سهل بن سعد قال اطلع رجل من جحر في حجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع النبي صلى الله عليه وسلم مدرا يحك به رأسه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لو علمت أنك تنظر لطعنت به عينك انما جعل الاستئذان من أجل البصر وهل له أن يصيبه قبل أن ينهاه بالكلام فيه وجهان أحدهما وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي والشيخ أبي حامد الاسفرايني أنه يجوز للخبر والثاني أنه لايجوز كما لايجوز اصابة من يقصد نفسه بالقتل اذا اندفع بالقول ولا يجوز أن يصيبه الا بشيء خفيف لان المستحق بهذه الجناية فقء العين وذلك يحصل بشيء خفيف فلم تجز الزيادة عليه وان فقأ عينه فمات منه لم يضمن لانه سراية من مباح فلم يضمن كسراية القصاص فان رماه بشيء يقتل فمات منه ضمنه لانه قتله بغير حق وان رماه فلم يرجع استغاث عليه فان لم يكن من يغيثه فالمستحب أن يخوفه بالله تعالى فان لم يقبل فله أن يصيبه بما يدفعه فان أتى على نفسه لم يضمن لانه تلف بدفع جائز فان اطلع أعمى لم يجز له رميه لانه لاينظر الى محرم وان اطلع ذو رحم محرم لاهله لم يجز رميه لانه غير ممنوع من النظر وان كانت زوجته متجردة فقصد النظر اليها جاز له رميه لانه محرم عليه النظر الى مادون السرة وفوق الركبة منها كما يحرم على الاجنبي وان اطلع عليه من باب مفتوح أو كوة واسعة فان نظر وهو على اجتيازه لم يجز رميه لان المفرط صاحب الدار بفتح الباب وتوسعة الكوة وان وقف وأطال النظر ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز له رميه لانه مفرط في الاطلاع فاشبه اذا اطلع من ثقب والثاني أنه لايجوز له رميه وهو قول القاضي أبي القاسم العمري لان صاحب الدار فرط في فتح الباب وتوسعة الكوة

﴿فصل﴾ واذا دخل رجل داره بغير اذنه أمره بالخروج فان لم يقبل فله أن يدفعه بما يدفع به من قصد ماله أو نفسه فان قتله فادعى أنه قتله للدفع عن داره وأنكر الولي لم يقبل قول القاتل من غير بينة لان القتل متحقق ومايدعيه خلاف الظاهر فان أقام بينة أنه دخل داره مقبلا عليه بسلاح شاهر لم يضمن لان الظاهر أنه قصد قتله وان أقام الولي بينة أنه دخل داره بسلاح غير شاهر ضمنه بالقود أو بالدية لان القتل متحقق وليس ههنا مايدفعه

﴿فصل﴾ اذا أفسدت ماشيته زرعا لغيره ولم يكن معها فان كان ذلك بالنهار لم يضمن وان كان بالليل ضمن لما روى حرام بن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت زرعا فقضى النبي صلى الله عليه وسلم ان على أهل الاموال حفظ أموالهم بالنهار وعلى أهل المواشي ماأصابت

مواشيهم

(قوله و بيده مدرا يحك به رأسه) المدرا بغير همز شيء كالمسلة تكون مع الماشطة تصلح به النساء وربما قيل المدراة قال طرفة
تهلك المدراة في أكنافه
فاذا ماأرسلته ينعفر
(قوله بسلاح شاهر) أي سيف مسلول وقد ذكر

مواشيهم بالليل وان كان له هرة تأكل الطيور فأكلت طير الغير أوله كلب عقور فاتلف انسانا وجب عليه الضمان لانه مفرط في ترك حفظه

﴿فصل﴾ وان مرت بهيمة له بجوهرة لآخر فابتلعتها نظرت فان كان معها ضمن الجوهرة لان فعلها منسوب اليه وقال أبو على بن أبي هريرة ان كانت شاة لم يضمن وان كان بعيرا ضمن لان العادة في البعير انه يضبط وفي الشاة أن ترسل وهذا فاسد لانه يبطل بافساد الزرع لانه لافرق فيه بين الجميع فان لم يكن معها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي على بن أبي هريرة أنه ان كان ذلك نهارا لم يضمن وان كان ليلا ضمن كالزرع والثاني وهو قول القاضي أبي الحسن الماوردي البصري أنه يضمنها ليلا ونهارا والفرق بينه وبين الزرع ان رعى الزرع مألوف فلزم صاحبه حفظه منها وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلم يلزم صاحبها حفظها منها فعلى هذا ان طلب صاحب الجوهرة ذبح البهيمة لاجل الجوهرة لم تذبح ويغرم قيمة الجوهرة فان دفع القيمة ثم ماتت البهيمة ثم أخرجت الجوهرة من جوفها وجب ردها الى صاحبها لانها عين ماله واسترجعت القيمة فان نقصت قيمة الجوهرة بالابتلاع ضمن صاحب البهيمة مانقص وان كانت البهيمة مأكولة ففي ذبحها وجهان بناء على القولين فيمن غصب خيطا وخاط به جرح حيوان مأكول

﴿كتاب السير﴾

من أسلم في دار الحرب ولم يقدر على اظهار دينه وقدر على الهجرة وجبت عليه الهجرة لقوله عز وجل ان الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الارض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أنا برىء من كل مسلم مع مشرك فان لم يقدر على الهجرة لم يجب عليه لقوله عز وجل الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا وان قدر على اظهار الدين ولم يخف الفتنة في الدين لم تجب عليه الهجرة لانه لما أوجب على المستضعفين دل على أنه لا تجب على غيرهم ويستحب له أن يهاجر لقوله عز وجل لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ولانه اذا أقام في دار الشرك كثر سوادهم ولانه لا يؤمن أن يميل اليهم ولانه ربما كاد له الدار فاسترقوه

﴿فصل﴾ والجهاد فرض والدليل عليه قوله عز وجل كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقوله تعالى وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم وهو فرض على الكفاية اذا قام به من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لقوله عز وجل لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى ولو كان فرضا على الجميع لما فاضل بين من فعل وبين من ترك ولانه وعد الجميع بالحسنى فدل على أنه ليس بفرض على الجميع وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى بني لحيان وقال ليخرج من كل رجلين رجل ثم قال للقاعدين أيكم خلف الخارج في أهله وماله بخير كان له مثل نصف أجر الخارج ولانه لو جعل فرضا على الاعيان لاشتغل الناس به عن العمارة وطلب المعاش فيؤدي ذلك الى خراب الارض وهلاك الخلق

﴿فصل﴾ ويستحب الاكثار منه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الاعمال أفضل قال الايمان بالله ورسوله والجهاد في سبيل الله وروى أبو سعيد الخدري

أي على طريقة واحدة والمهاجرة من أرض الى أرض هي ترك الاولى للثانية مشتق من الهجر الذي هو ضد الوصل والجهاد مشتق من الجهد وهو المشقة يقال اجهد دابته اذا حمل عليها في السير فوق طاقتها وقيل هو المبالغة واستفراغ ما في الوسع يقال جهد الرجل في كذا أي جد فيه وبالغ ويقال اجهد جهدك في هذا الامر أي ابلغ غايتك وقوله تعالى وجاهدوا في الله حق جهاده وأقسموا بالله جهد أيمانهم أي بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها والغزو أصله الطلب يقال ما مغزاك من هذا الامر أي ما مطلبك وسمي الغازي غازيا لطلبه الغزو وجمعه غزاة وغزى وغزى كناقص ونقص (قوله غير أولي الضرر) هم الاعمى والاعرج والمريض نزلت في ابن أم مكتوم الاعمى وبنو لحيان بطن من هذيل بكسر اللام (قوله أيكم خلف الخارج في أهله) يقال خلفه في أهله اذا قام بعده وأراد بأهله زوجته وقد ذكر وبعث خمسا وثلاثين سرية سرية قطعة من الجيش من خمسين الى أربعمائة حتى رجع لامير أخودمن السري وهو خيار ومنه الحديث خير السرايا أربعمائة وقيل سميت السرية سرية لانها تستخفي في قصدها فتسري ليلا وهي فعيلة بمعنى فاعلة لانها تسري وأسرى ولا يكون الا بليل

رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا أبا سعيد من رضى بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا وجبت له الجنة فقال أعدها يا رسول الله ففعل ثم قال وأخرى يرفع الله بها العبد مائة درجة فى الجنة ما بين كل درجتين كما بين السماء والارض قلت وما هى يا رسول الله قال الجهاد فى سبيل الله الجهاد فى سبيل الله وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذى نفسى بيده لوددت أن أقاتل فى سبيل الله فاقتل ثم أحيا فاقتل ثم أحيا فاقتل وكان أبو هريرة يقول ثلاثا أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قالها ثلاثا وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم غزا سبعا وعشرين غزوة وبعث خمسا وثلاثين سرية

﴿فصل﴾ وأقل ما يجزئ فى كل سنة مرة لان الجزية تجب فى كل سنة مرة وهى بدل عن القتل فكذلك القتل ولان فى تعطيله فى أكثر من سنة يطمع العدو فى المسلمين فان دعت الحاجة فى السنة الى أكثر من مرة وجب لانه فرض على الكفاية فوجب منه ما دعت الحاجة اليه فان دعت الحاجة الى تأخيره لضعف المسلمين أو قلة ما يحتاج اليه من قتالهم من العدة أو للطمع فى اسلامهم ونحو ذلك من الاعذار جاز تأخيره لان النبى صلى الله عليه وسلم أخر قتال قريش بالهدنة وأخر قتال غيرهم من القبائل بغير هدنة ولان ما يرجى من النفع بتأخيره أكثر مما يرجى من النفع بتقديمه فوجب تأخيره

﴿فصل﴾ ولا يجاهد أحد عن أحد بعوض وغير عوض لانه اذا حضر تعين عليه الفرض فى حق نفسه فلا يؤديه عن غيره كما لا يحج عن غيره وعليه فرضه

﴿فصل﴾ ولا يجب الجهاد على المرأة لما روت عائشة رضى الله عنها قالت سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجهاد فقال جهادكن الحج أو حسبكن الحج ولان الجهاد هو القتال وهن لا يقاتلن ولهذا رأى عمر بن أبى ربيعة امرأة مقتولة فقال

ان من أكبر الكبائر عندى * قتل بيضاء حرة عطبول
كتب القتل والقتال علينا * وعلى الغانيات جر الذيول

ولا يجب على الخنثى المشكل لانه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه بالشك ولا يجب على العبد لقوله عز وجل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج والعبد لا يجد ما ينفق وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا أسلم عنده رجل لا يعرفه قال أحر هو أو مملوك فان قال أنا حر بايعه على الاسلام والجهاد وان قال أنا مملوك بايعه على الاسلام ولم يبايعه على الجهاد ولانه عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلا يجب على العبد كالحج

﴿فصل﴾ ولا يجب على الصبى والمجنون لما روى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وروى عروة ابن الزبير قال رد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر نفرا من أصحابه استصغرهم منهم عبد الله بن عمر وهو يومئذ ابن أربع عشرة سنة وأسامة بن زيد والبراء بن عازب وزيد بن ثابت وزيد بن أرقم وعرابة بن أوس ورجل من بنى حارثة فجعلهم حرسا للذرارى والنساء ولانه عبادة على البدن فلا يجب على الصبى والمجنون كالصوم والصلاة والحج

﴿فصل﴾ ولا يجب على الاعمى لقوله عز وجل ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا يختلف أهل التفسير أنها فى سورة الفتح نزلت فى الجهاد ولانه لا يصلح للقتال فلم يجب عليه وان كان فى بصره شئ يدرك الشخص وما يتقيه من السلاح وجب عليه لانه يقدر على القتال وان لم يدرك ذلك لم يجب عليه لانه لا يقدر على القتال ويجب على الاعور والاعشى

وهو

(قوله بالمهادنة) هى ترك الحرب وأصلها السكون (قوله حسبكن الحج) أى يكفيكن الحج أى حسبكن من المشقة والتعب ما تجدن من ألم السير للحج ومشقته قال الله تعالى يا أيها النبى حسبك الله أى كافيك الله يقال أحسبنى الشئ أى كفانى (قوله حرة عطبول) الحرة الخالصة الحسب البرية من الريب والحر الخالص من كل شئ والعطبول المرأة الحسناء مع تمام خلق وتمام طول وهذه المرأة ابنة النعمان ابن بشير امرأة المختار بن أبى عبيد قتلها مصعب بن الزبير حين قتله فانكر الناس عليه ذلك وأعظموه لارتكابه ما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم (قوله كتب القتال) أى فرض وأوجب والغانيات جمع غانية وهى التى استغنت بزوجها عن غيره وقيل استغنت بحسنها عن لباس الحلى والزينة وجر الذيول أراد ما تجره المرأة خلفها من فضل ثوبها وهو منهى عنه مكروه وبعد البيتين
قتلت باطلا من غير شئ
ان لله درها من قتيل
(قوله فجعلهم حرسا للذرارى) جمع حارس [illegible] حرسة فى حفظ [illegible] ومنه حرس [illegible]

وهو الذي يبصر بالنهار دون الليل لانه كالبصير في القتال ولا يجب على الاعرج الذي يعجز عن الركوب والمشي للآية ولانه لا يقدر على القتال ويجب عليه اذا قدر على الركوب والمشي لانه يقدر على القتال ولا يجب على الاقطع والاشل لانه يحتاج في القتال الى يد يضرب بها ويد يتقي بها وان قطع أكثر أصابعه لم يجب عليه لانه لا يقدر على القتال وان قطع الاقل وجب عليه لانه يقدر على القتال ولا يجب على المريض الثقيل للآية ولانه لا يقدر على القتال ويجب على من به حمى خفيفة أو صداع قليل لانه يقدر على القتال

﴿فصل﴾ ولا يجب على الفقير الذي لا يجد ما ينفق في طريقه فاضلا عن نفقة عياله لقوله عز وجل ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج فان كان القتال على باب البلد أو حواليه وجب عليه لانه لا يحتاج الى نفقة الطريق وان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة ولم يقدر على مركوب يحمله لم يجب عليه لقوله عز وجل ولا على الذين اذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تفيض من الدمع حزنا أن لا يجدوا ما ينفقون ولانها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلم تجب من غير مركوب كالحج وان بذل له الامام ما يحتاج اليه من مركوب وجب عليه أن يقبل ويجاهد لان ما يعطيه الامام حق له وان بذله غيره لم يلزمه قبوله لانه اكتساب مال لتجب به العبادة فلم يجب كاكتساب المال للحج والزكاة

﴿فصل﴾ ولا يجب على من عليه دين حال أن يجاهد من غير اذن غريمه لما روى أبو قتادة رضي الله عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أرأيت ان قتلت في سبيل الله كفر الله خطاياي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قتلت في سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر كفر الله خطاياك الا الدين كذلك قال لي جبريل ولان فرض الدين متعين عليه فلا يجوز تركه لفرض على الكفاية يقوم عنه غيره مقامه فان استناب من يقضيه من مال حاضر جاز لان الغريم يصل الى حقه وان كان من مال غائب لم يجز لانه قد يتلف فيضيع حق الغريم وان كان الدين مؤجلا ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يجاهد من غير اذن الغريم كما يجوز أن يسافر لغير الجهاد والثاني لا يجوز لانه يتعرض للقتل طلبا للشهادة فلا يؤمن أن يقتل فيضيع دينه

﴿فصل﴾ وان كان أحد أبويه مسلما لم يجز أن يجاهد بغير اذنه لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستأذنه في الجهاد فقال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وروى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم أي الاعمال أفضل فقال الصلاة لميقاتها قلت ثم ماذا قال بر الوالدين قلت ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله فدل على أن بر الوالدين مقدم على الجهاد ولان الجهاد فرض على الكفاية ينوب عنه فيه غيره وبر الوالدين فرض يتعين عليه لانه لا ينوب عنه فيه غيره ولهذا قال رجل لابن عباس رضي الله عنه اني نذرت أن أغزو الروم وان أبوي منعاني فقال أطع أبويك فان الروم ستجد من يغزوها غيرك وان لم يكن له أبوان وله جد أو جدة لم يجز أن يجاهد من غير اذنهما لانهما كالابوين في البر وان كان له أب وجد أو أم وجدة فهل يلزمه استئذان الجد مع الأب واستئذان الجدة مع الام فيه وجهان أحدهما لا يلزمه لان الاب والام يحجبان الجد والجدة عن الولاية والحضانة والثاني يلزمه وهو الصحيح لان وجود الابوين لا يسقط بر الجدين ولا ينقص شفقتهما عليه وان كان الابوان كافرين جاز أن يجاهد من غير اذنهما لانهما متهمان في الدين وان كانا عبدين ففيه وجهان قال بعض [illegible] من غير اذنهما لانه لا اذن لهما في أنفسهما فلم يعتبر اذنهما في غيرهما وقال شيخنا [illegible] وعندي أنه لا يجوز أن

(قوله التقاء الزحفين) الزحف الجيش يزحفون الى العدو أي يمشون (قوله فمن غرر بنفسه) التغرير بالنفس المخاطرة والتقدم على غير ثقة وما يؤدي الى الهلاك

(قوله ويجب أن يشحن) أي يملأ يقال شحنت البلد بالخيل ملأته وبالبلد شحنة من الخيل أي رابطة قال الله تعالى في الفلك المشحون أي المملوء (قوله أمراء مدبرين) المدبر الذي ينظر في دبر الامر أي عاقبته (قوله في رجز عبد الله بن رواحة اللهم لولا أنت ما اهتدينا) فيه خزم من طريق العروض ويستقيم وزنه لاهم والالف واللام زائدتان على الوزن وذلك يجيء في الشعر كما روى عن علي كرم الله وجهه اشدد حيازيمك للموت * فان الموت لاقيكا ولا تجزع من الموت اذا حل بواديكا فان قوله اشدد خزم

يجاهد الا باذنهما لان المملوك كالحر في البر والشفقة فكان كالحر في اعتبار الاذن وان أراد الولد أن يسافر في تجارة أو طلب علم جاز من غير اذن الابوين لان الغالب في سفره السلامة

﴿فصل﴾ وان أذن الغريم لغريمه أو الوالد لولده ثم رجعا أو كانا كافرين فأسلما فان كان ذلك قبل التقاء الزحفين لم يجز الخروج الا بالاذن وان كان بعد التقاء الزحفين ففيه قولان أحدهما انه لا يجوز أن يجاهد الا بالاذن لانه عذر يمنع وجوب الجهاد فاذا طرأ منع من الوجوب كالعمى والمرض والثاني أنه يجاهد من غير اذن لانه اجتمع حقان متعينان وتعين الجهاد سابق فقدم وان أحاط العدو بهم تعين فرض الجهاد وجاز من غير اذن الغريم ومن غير اذن الابوين لان ترك الجهاد في هذه الحالة يؤدي الى الهلاك فقدم على حق الغريم والابوين

﴿فصل﴾ ويكره الغزو من غير اذن الامام أو الامير من قبله لان الغزو على حسب حال الحاجة والامام والامير أعرف بذلك ولا يحرم لانه ليس فيه أكثر من التغرير بالنفس والتغرير بالنفس يجوز في الجهاد

﴿فصل﴾ ويجب على الامام أن يشحن ما يلي الكفار من بلاد المسلمين بجيوش يكفون من يليهم ويستعمل عليهم أمراء ثقات من أهل الاسلام مدبرين لانه اذا لم يفعل ذلك لم يؤمن اذا توجه في جهة الغزو أن يدخل العدو من جهة أخرى فيملك بلاد الاسلام وان احتاج الى بناء حصن أو حفر خندق فعل لان النبي صلى الله عليه وسلم حفر الخندق وقال البراء بن عازب رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ينقل التراب حتى وارى التراب شعره وهو يرتجز برجز عبد الله بن رواحة وهو يقول اللهم لولا أنت ما اهتدينا * ولا تصدقنا ولا صلينا * فأنزلن سكينة علينا * وثبت الاقدام ان لاقينا واذا أراد الغزو بدأ بالاهم فالاهم لقوله عز وجل قاتلوا الذين يلونكم من الكفار فاذا استوت الجهات في الخوف اجتهد وبدأ باهمها عنده

﴿فصل﴾ واذا أراد الخروج عرض الجيش ولا يأذن لمخذل ولا لمن يعاون الكفار بالمكاتبة لقوله عز وجل لو خرجوا فيكم ما زادوكم الا خبالا ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة قيل في التفسير لا وقعوا بينكم الاختلاف وقيل لاسرعوا في تفريق جمعكم ولان في حضورهم اضرارا بالمسلمين ولا نستعين بالكفار من غير حاجة لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى بدر فتبعه رجل من المشركين فقال له تؤمن بالله ورسوله قال لا قال فارجع فلن أستعين بمشرك فان احتاج أن يستعين بهم فان لم يكن من يستعين به حسن الرأي في المسلمين لم يستعن به لان ما يخاف من الضرر بحضورهم أكثر مما يرجى من المنفعة وان كان حسن الرأي في المسلمين جاز أن نستعين بهم لان صفوان بن أمية شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في شركه حرب هوازن وسمع رجلا يقول

كله والخزم بالزاي وزنه مفاعيلن ثلاث مرات وهو هزج (قوله فأنزلن سكينة علينا) السكينة فعيلة من السكون وهو الوقار والطمأنينة وما يسكن به الانسان وقيل هي الرحمة فيكون المعنى انزل علينا رحمة أو ما تسكن به قلوبنا من خوف العدو ورعبه وأما السكينة التي في القرآن في قوله تعالى التابوت فيه سكينة من ربكم فقيل له وجه مثل وجه الانسان ثم هي بعد ريح هفافة وقيل لها رأس مثل رأس الهر وجناحان وهي من أمر الله عز وجل ولعلهم كانوا ينتصرون بها كما نصر بها طالوت على جالوت (قوله وثبت الاقدام ان لاقينا) يقال رجل ثبت في الحرب وثبت أي لا يزول عن مكانه عند لقاء العدو وقال الله تعالى وثبت أقدامنا ويجوز أن يكون ثابت القلب كما قيل * ثبت اذا ما صيح بالقوم وقر * (قوله عرض الجيش) يقال عرضت الجيش أي أظهرتهم [illegible] وكذلك عرضت الجارية على البيع عرضا أي أظهرتها [illegible] غلبت [illegible] ولا يأذن [illegible] الكفار كثرة وخيلهم [illegible] خذلان المسلمين وهو التخاذل عن النصرة [illegible] وحشية اذ قامت على ولدها وتخلفت قال طرفة * خذول [illegible] ولا وضعوا خلالكم أي أسرعوا في [illegible] لفرجه بين الشيئين والجمع الخلال

(قوله بفيك الحجر) يقال هذا لمن يتكلم بغير الحق دعاء عليه على طريق التكذيب (قوله لرب من قريش) أي سيد والرب السيد الرئيس وكان يقال لحذيفة بن بدر رب معد أي سيدها (قوله ويوجه الطلائع ومن يتجسس) الطلائع جمع طليعة وهو من يبعث امام الجيش ليطلع طلع العدو أي ينظر اليهم والتجسس بالجيم طلب الاخبار والبحث عنها وكذلك تحسس الخبر بالحاء ومنهم من يفرق بينهما فيقول تحسست بالحاء في الخير والشر و بالجيم في الشر لا غير قالوا والجاسوس صاحب سر الشر

والناموس صاحب سر الخير وقيل بالحاء أن تطلبه لنفسك و بالجيم لغيرك (قوله ان لكل نبي حواريا وحواري الزبير) قيل معناه انه مخصص من أصحابي ومفضل من الخبز الحواري وهو أفضل الخبز وأرفعه وحواري عيسى هم المفضلون عنده وخاصته وقيل لانهم كانوا يحورون ثيابهم أي يبيضونها والتحوير التبييض وقيل لانهم كانوا قصارين وقيل لان الحواري الناصر والصحيح أنه الخالص النقي من حورت الدقيق اذا أخلصته ونقيته من الحشو و يقال لنساء الحضر حواريات لبياضهن ونعمتهن (قوله في الكتيبة الخضراء) الكتيبة قطعة من الجيش من مائة الى الف و مشتقها من الكتب وهو الجمع والانضمام وقد ذكر وسميت خضراء لما يرى عليها من لون الحديد وخضرته وسواده والخضرة عند العرب السوادية ليس الخضرة له من الاعرابي وأنشد

غلبت هوازن وقتل محمد فقال بفيك الحجر لرب من قريش أحب الي من رب من هوازن وان احتاج الى أن يستأجرهم جاز لانه لا يقع الجهاد له وفي القدر الذي يستأجر به وجهان أحدهما لا يجوز له أن تبلغ الاجرة سهم راجل لانه ليس من أهل فرض الجهاد فلا يبلغ حقه سهم راجل كالصبي والمرأة والثاني وهو المذهب أنه يجوز لانه عوض في الاجارة فجاز أن يبلغ قدر سهم الراجل كالاجرة في سائر الاجارات و يجوز أن يأذن للنساء لما روت الربيع بنت معوذ قالت كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنخدم القوم ونسقيهم الماء ونرد الجرحى والقتلى الى المدينة و يجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان لان فيهم معاونة ولا يأذن لمجنون لانه يعرضه للهلاك من غير منفعة و ينبغي أن يتعاهد الخيل فلا يدخل حطما وهو الكسير ولا قحما وهو الكبير ولا ضرعا وهو الصغير ولا أعجف وهو الهزيل لانه ربما كان سببا للهزيمة ولانه يزاحم به الغانمين في سهمهم و يأخذ البيعة على الجيش أن لا يفروا لما روى جابر رضي الله عنه قال كنا يوم الحديبية ألف رجل وأربعمائة فبايعناه تحت الشجرة على أن لا نفر ولم نبايعه على الموت يعني النبي صلى الله عليه وسلم و يوجه الطلائع ومن يتجسس أخبار الكفار لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق من يأتينا بخبر القوم فقال الزبير أنا فقال ان لكل نبي حواريا وحواري الزبير والمستحب أن يخرج يوم الخميس لما روى كعب بن مالك قال قلما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج في سفر الا يوم الخميس و يستحب أن يعقد الرايات و يجعل تحت كل راية طائفة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أبا سفيان أسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عباس احبسه على الوادي حتى تمر به جنود الله فيراها قال العباس فحبسته حيث أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ومرت به القبائل على راياتها حتى مر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكتيبة الخضراء كتيبة فيها المهاجرون والانصار لا يرى منهم الا الحدق من الحديد فقال من هولاء يا عباس قال قلت هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم في المهاجرين والانصار فقال مالاحد بهولاء من قبل والله يا أبا الفضل لقد أصبح ملك ابن أخيك الغداة عظيما والمستحب أن يدخل الى دار الحرب بتعبية الحرب لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة فجعل خالد بن الوليد على احدى المجنبتين وجعل الزبير على الاخرى وجعل أبا عبيدة على الساقة و بطن الوادي ولان ذلك أحوط للحرب وأبلغ في ارهاب العدو

﴿فصل﴾ وان كان العدو ممن لم تبلغهم الدعوة لم يجز قتالهم حتى يدعوهم الى الاسلام لانه لا يلزمهم الاسلام قبل العلم والدليل عليه قوله عز وجل وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ولا يجوز قتالهم على ما لا يلزمهم وان بلغتهم الدعوة فالاحب أن يعرض عليهم الاسلام لما روى سهل بن سعد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهه يوم خيبر اذا نزلت بساحتهم فادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لان يهدي الله بهداك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم وان قاتلهم من

ق خشي خيبر ور * وعارضي الليل اذا ما اخضرا أي سوادا ... أي صدقة ... تعالى فتقتنيهم بجنود لا قبل لهم بها (قوله احدى المجنبتين) بكسر النون أي الميمنة والميسرة وجنبتا الجيش ... غزيقه ويقال المجنبة اليمنى والمجنبة اليسرى (قوله على الساقة) أي على آخر العسكر كأنهم يسوقون الذين قدامهم (قوله حمر النعم) خص الحمر دون غيرها لانها عندهم خير المال والنعم هي الابل ولانه لا ... ويبعد ... وتسمى ... عند ... في الجزاء مثل ما قتل من النعم

غير أن يعرض عليهم الاسلام جاز لما روى نافع قال أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وروى وهم غافلون

﴿فصل﴾ فان كانوا ممن لا يجوز اقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم الى أن يسلموا لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وان كانوا ممن يجوز اقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم الى أن يسلموا أو يبذلوا الجزية والدليل عليه قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وروى بريدة رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث أميرا على جيش أو سرية قال اذا أنت لقيت عدوا من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال فأيتهن ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الدخول في الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار الهجرة فان فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين فان دخلوا في الاسلام وأبوا أن يتحولوا الى دار الهجرة فأخبرهم انهم كأعراب المؤمنين الذين يجري عليهم حكم الله تعالى ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة شيء حتى يجاهدوا مع المؤمنين فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم وان أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم وان أبوا فاستعن بالله عليهم ثم قاتلهم ويستحب الاستنصار بالضعفاء لما روى أبو الدرداء رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ابغوني بضعفائكم فانما تنصرون وترزقون بضعفائكم ويستحب أن يدعوا عند التقاء الصفين لما روى أنس رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا غزا قال اللهم أنت عضدي وأنت ناصري وبك أقاتل وروى أبو موسى الاشعري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا خاف أمرا قال اللهم اني أجعلك في نحورهم وأعوذ بك من شرورهم ويستحب أن يحرض الجيش على القتال لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا معشر الانصار هذه أوباش قريش قد جمعت لكم اذا لقيتموهم غدا فاحصدوهم حصدا وروى سعد رضي الله عنه قال نثل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم كنانته يوم أحد وقال ارم فداك أبي وأمي ويستحب أن يكبر عند لقاء العدو لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا خيبر فلما رأى القرية قال الله أكبر خربت خيبر انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين قالها ثلاثا ولا يرفع الصوت بالتكبير لما روى أبو موسى الاشعري قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فأشرفوا على واد فجعل الناس يكبرون ويهللون الله أكبر الله أكبر يرفعون أصواتهم فقال يا أيها الناس انكم لا تدعون أصم ولا غائبا انما تدعون قريبا سميعا انه معكم

﴿فصل﴾ واذا التقى الزحفان ولم يزد عدد الكفار على مثلي عدد المسلمين ولم يخافوا الهلاك تعين عليهم فرض الجهاد لقوله عز وجل الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين وهذا أمر بلفظ الخبر لانه لو كان خبرا لم يقع الخبر بخلاف المخبر فدل على أنه أمر المائة بمصابرة المائتين وأمر الالف بمصابرة الالفين ولا يجوز لمن تعين عليه أن يولى الا متحرفا لقتال وهو أن ينتقل من مكان الى مكان أمكن للقتال أو متحيزا الى فئة وهو أن ينضم الى قوم ليعود معهم الى القتال والدليل عليه قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا

بالكسر وفي الحديث المؤمن غر كريم والغرة الغفلة والغار الغافل وسمي المصطلق لحسن صوته والصلق الصوت الشديد عن الاصمعي وفي الحديث ليس منا من صلق ولا حلق (قوله عصموا مني دماءهم وأموالهم) أي منعوا والعصمة المنع يقال عصمه الطعام أي منعه من الجوع لا عاصم اليوم من أمر الله الا من رحم (قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) عن يد أي عن قوة وقهر وقيل عن نعمة عليهم بترك القتل وقيل عن ذل وصغار وصاغرون أذلاء والصغار الذل والاعراب من سكن البادية من العرب (قوله هذه أوباش قريش) الاوباش الجماعات والاخلاط من قبائل شتى ويقال أوشاب بتقديم الشين أيضا (قوله فاحصدوهم) أي استأصلوهم بالقتل وأصله من حصد الزرع وهو قطعه قال الله تعالى فجعلناها حصيدا (قوله في حديث سعد نثل لي كنانته) أي صبها واستخرج ما فيها من النبل بمنزلة نثره (قوله اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين) ساحة القوم هي عرصة ... [illegible]

(قوله اذا لقيتم الذين كفروا زحفا) الزحف سير القوم الى القوم فى الحرب يقال زحفوا ودلفوا اذا تقاربوا ودنوا قليلا قليلا وقيل لبعض نساء العرب ما بال الكن رسحا فقلن أرسحتنا نار الزحفين والرسحاء التى لا عجيزة لها ومعنى نار الزحفين أن

اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله وسواء كانت الفئة قريبة أو بعيدة والدليل عليه ماروى ابن عمر رضى الله عنه أنه كان فى سرية من سرايا رسول الله صلى الله عليه وسلم فحاص الناس حيصة عظيمة وكنت ممن حاص فلما برزنا قلت كيف نصنع وقد فررنا من الزحف وبؤنا بالغضب ربنا فجلسنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم قبل صلاة الفجر فلما خرج قمنا وقلنا نحن الفرارون فقال لا بل أنتم الكرارون فدنونا فقبلنا يده فقال أنا فئة المسلمين وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أنا فئة كل مسلم وهو بالمدينة وجيوشه فى الآفاق فان ولى غير متحرف لقتال أو متحيزا الى فئة أثم وارتكب كبيرة والدليل عليه ماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الكبائر سبع أولهن الشرك بالله وقتل النفس بغير حقها وأكل الربا وأكل مال اليتيم بدارا ان يكبروا وفرار يوم الزحف ورمى المحصنات وانقلاب الى الاعراب فان غلب على ظنهم انهم ان ثبتوا لمثليهم هلكوا ففيه وجهان أحدهما ان لهم أن يولوا لقوله عز وجل ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والثانى انه ليس لهم أن يولوا وهو الصحيح لقوله عز وجل اذا لقيتم فئة فاثبتوا ولان المجاهد انما يقاتل ليقتل أو يقتل وان زاد عدد الكفار على مثلى عدد المسلمين فلهم أن يولوا لانه لما أوجب الله عز وجل على المائة مصابرة المائتين دل على انه لا يجب عليهم مصابرة ما زاد على المائتين وروى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فلم يفر وان غلب على ظنهم انهم لا يهلكون فالافضل أن يثبتوا حتى لا ينكسر المسلمون وان غلب على ظنهم انهم يهلكون ففيه وجهان أحدهما انه يلزمهم أن ينصرفوا لقوله عز وجل ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والثانى انه يستحب أن ينصرفوا ولا يلزمهم لانهم ان قتلوا فازوا بالشهادة وان لقى رجل من المسلمين رجلين من المشركين فى غير الحرب فان طلباه ولم يطلبهما فله أن يولى عنهما لانه غير متأهب للقتال وان طلبهما ولم يطلباه ففيه وجهان أحدهما ان له أن يولى عنهما لان فرض الجهاد فى الجماعة دون الانفراد والثانى انه يحرم عليه أن يولى عنهما لانه مجاهد لهما فلم يول عنهما كما لو كان مع جماعة

(فصل) ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم لان رسول الله صلى الله عليه وسلم منع أبا بكر رضى الله عنه من قتل ابنه فان قاتله لم يكره أن يقصد قتله كما لا يكره اذا قصد قتله وهو مسلم وان سمعه يذكر الله عز وجل أو رسوله صلى الله عليه وسلم بسوء لم يكره أن يقتله لان أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قتل أباه وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يسبك ولم ينكر عليه

(فصل) ولا يجوز قتل نسائهم ولا صبيانهم اذا لم يقاتلوا لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان ولا يجوز قتل الخنثى المشكل لانه يجوز أن يكون رجلا ويجوز أن يكون امرأة فيقتل مع الشك وان قاتلوا جاز قتلهم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال من قتل هذه فقال رجل أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفى فلما رأت الهزيمة فينا أهوت الى سيفى أو الى قائم سيفى لتقتلنى فمنعتها فقال النبى صلى الله عليه وسلم [illegible] ما شأن قتل [illegible] النبى صلى الله عليه [illegible] جاز قتلهن [illegible] ولان يجوز [illegible]

(فصل) وأما الشيخ الذى لا قتال فيه [illegible] فى الحرب [illegible]

النار اذا اشتد لهبها رجعن عنها وتباعدن بجر أعجازهن ولا يمشين فاذا سكن لهبها وهان وهجها زحفن اليها وقربن منها (قوله الا متحرفا لقتال) تحرف وانحرف اذا مال مأخوذ من حرف الشئ وهو طرفه فأى مال عن معظم القتال ووسط الصف الى مكان أمكن له للكر والفر أو متحيزا يقال تحيز وانحاز وتحوز اذا انضم الى غيره والحيز الفريق والفئة الجماعة مشتق من الفأو وهو القطع كأنها انقطعت عن غيرها والجمع فئات وفؤن وقال الهروى من فأيت رأسه وفأوته اذا شققته فانفأى (قوله فقد باء بغضب من الله) أى لزمه الغضب ورجع به وقد ذكر (قوله فحاص الناس حيصة) أى حادوا عن القتال وانهزموا يقال حاص عن القتال يحيص حيصا اذا حاد عنه و(بؤنا بالغضب) أى انصرفنا وقد لزمنا غضب وهو [illegible] اذا لزمه وروى جاض بالجيم والضاد [illegible] ومعناه [illegible] من قوله تعالى ولا يجدون عنها محيصا أى مهربا ومصرا وقوله تعالى ما لهم من محيص أى مفر (قوله بل أنتم العكارون) [illegible] عطافون فى القتال يقال عكر يعكر اذا عطف والعكرة الكرة (قوله [illegible]) [illegible]

شيخا كبيرا وكان له رأى فانه أشار على هوازن يوم حنين ألا يخرجوا معهم بالذرارى فخالفه مالك بن عوف فخرج بهم فهزموا فقال دريد فى ذلك

أمرتهم أمرى بمنعرج اللوى * فلم يستبينوا الرشد الاضحى الغد

وقتل ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم قتله ولان الرأى فى الحرب أبلغ من القتال لانه هو الاصل وعنه يصدر القتال ولهذا قال المتنبى

الرأى قبل شجاعة الشجعان * هو أول وهى المحل الثانى

فاذا هما اجتمعا لنفس مرة * بلغت من العلياء كل مكان

ولربما طعن الفتى أقرانه * بالرأى قبل تطاعن الفرسان

وان لم يكن له رأى ففيه وفى الراهب قولان أحدهما انه يقتل لقوله عز وجل فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه ذكر مكلف حربى فجاز قتله بالكفر كالشاب والثانى انه لا يقتل لما روى ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال ليزيد بن أبى سفيان وعمرو بن العاص وشرحبيل بن حسنة لما بعثهم الى الشام لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ وستجدون أقواما حبسوا أنفسهم على الصوامع فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم ولانه لا نكاية له فى المسلمين فلم يقتل بالكفر الاصلى كالمرأة

(فصل) ولا يقتل رسولهم لما روى أبو وائل قال لما قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة قال ان هذا وابن أثال قد كانا أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم رسولين لمسيلمة فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدان أنى رسول الله قالا نشهد ان مسيلمة رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما فجرت سنة أن لا تقتل الرسل

(فصل) فان تترسوا بأطفالهم ونسائهم فان كان فى حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى الاطفال والنساء لانا لو تركنا رميهم جعل ذلك طريقا الى تعطيل الجهاد وذريعة الى الظفر بالمسلمين وان كان فى غير حال الحرب ففيه قولان أحدهما انه يجوز رميهم لان ترك قتالهم يؤدى الى تعطيل الجهاد والثانى انه لا يجوز رميهم لانه يؤدى الى قتل أطفالهم ونسائهم من غير ضرورة وان تترسوا بمن معهم من أسارى المسلمين فان كان ذلك فى حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى المسلم لما ذكرناه وان كان فى غير حال التحام الحرب لم يجز رميهم قولا واحدا والفرق بينهم وبين أطفالهم ونسائهم ان المسلم محقون الدم لحرمة الدين فلم يجز قتله من غير ضرورة والاطفال والنساء حقن دمهم لانهم غنيمة للمسلمين فجاز قتلهم من غير ضرورة وان تترسوا بأهل الذمة أو بمن بيننا وبينهم أمان كان الحكم فيه كالحكم فيه اذا تترسوا بالمسلمين لانه يحرم قتلهم كما يحرم قتل المسلمين

(فصل) وان نصب عليهم منجنيقا أو بيتهم ليلا وفيهم نساء وأطفال جاز لما روى على كرم الله وجهه ان النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف وان كانت لا تخلو من النساء والاطفال وروى الصعب بن جثامة قال سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن الذرارى من المشركين يبيتون فيصاب من نسائهم وذراريهم فقال هم منهم ولان الكفار لا يخلون من النساء والاطفال فلو تركنا رميهم لاجل النساء والاطفال بطل الجهاد وان كان فيهم أسارى من المسلمين نظرت فان خيف منهم انهم ان تركوا قاتلوا وظفروا بالمسلمين جاز رميهم لان حفظ من معنا من المسلمين أولى من حفظ من معهم وان لم يخف منهم نظرت فان كان الاسرى قليلا جاز رميهم لان الظاهر انه لا يصيبهم والاولى أن لا نرميهم لانه ربما أصاب المسلمين وان كانوا كثيرا لم يجز رميهم لان الظاهر انه يصيب المسلمين وذلك لا يجوز من غير ضرورة

(قوله الرشد) ضد الغى شبيه بالصواب ضد الخطأ (قوله فى شعر المتنبى لنفس مرة) بضم الميم والخفض صفة لنفس أى قوى والمرة القوة وهو مضبوط فى ديوانه هكذا وكذا رواه الكرمانى بالضم وسماعنا بفتح الميم والنصب (قوله لا نكاية) النكاية أن يقتل ويجرح يقال نكيت فى العدو انكى نكاية بغير همز اذا بالغت فيهم قتلا وجرحا أو جرحا وقد ذكر (قوله قرانه) جمع قرن بكسر القاف وهو الكفؤ فى الشجاعة يقال فلان قرن فلان أى نظيره وكفؤه عند القتال (قوله أو بيتهم ليلا) يقال بيت العدو اذا وقع بهم ليلا والاسم البيات ومنه يبيتون (قوله ذرارى المشركين) هم الاطفال والصغار الذين لم يبلغوا الحلم وأصله من ذرأ الله الخلق أى خلقهم فترك همزها استخفافا كما ترك همز البرية وأصله من برأ الله الخلق ووزنها فعلية وقال بعضهم هى مأخوذة من الذر لان الله أخرج الخلق من صلب آدم أمثال الذر وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى وقيل أصلها ذرورة على وزن فعولة فلما كثرت الواو أبدلت الراء الاخيرة ياء فاجتمعت الواو والياء وسكنت الاولى منهما فقلبت الواو ياء وأدغمت

(فصل) ويجوز قتل ما يقاتلون عليه من الدواب لما روى ان حنظلة بن الراهب عقر بأبي سفيان فرسه فسقط عنه فجلس على صدره فجاء ابن شعوب فقال

لاحمين صاحبي ونفسي * بطعنة مثل شعاع الشمس

فقتل حنظلة واستنقذ أبا سفيان ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم فعل حنظلة ولان بقتل الفرس يتوصل الى قتل الفارس

(فصل) وان احتيج الى تخريب منازلهم وقطع أشجارهم ليظفروا بهم جاز ذلك وان لم يحتج اليه نظرت فان لم يغلب على الظن انها تملك عليهم جاز فعله وتركه وان غلب على الظن انها تملك عليهم ففيه وجهان أحدهما لا يجوز لانها تصير غنيمة فلا يجوز اتلافها والثاني ان الاولى أن لا يفعل فان فعل جاز لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق على بني النضير وقطع البويرة فانزل الله عز وجل ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين

(فصل) ويجوز للمسلم أن يؤمن من الكفار آحادا لا يتعطل بأمانهم الجهاد في ناحية كالواحد والعشرة والمائة وأهل القلعة لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال ما عندي شيء الا كتاب الله عز وجل وهذه الصحيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أن ذمة المسلمين واحدة فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ويجوز للمرأة من ذلك ما يجوز للرجل لما روى ابن عباس رضي الله عنه عن أم هانئ رضي الله عنها أنها قالت يا رسول الله يزعم ابن أمي أنه قاتل من أجرت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجرت من أجرت يا أم هانئ ويجوز ذلك للعبد لما روى عبد الله بن عمر وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يجير على المسلمين أدناهم وروى فضل بن يزيد الرقاشي قال جهز عمر ابن الخطاب رضي الله عنه جيشا كنت فيه فحصرنا قرية من قرى رام هرمز فكتب عبد منا أمانا في صحيفة وشدها مع سهم ورمى به اليهم فأخذوها وخرجوا بأمانه فكتب بذلك الى عمر رضي الله عنه فقال العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم ولا يصح ذلك من صبي ولا مجنون ولا مكره لانه عقد لم يصح منهم كسائر العقود فان دخل مشرك على أمان واحد منهم فان عرف ان أمانه لا يصح حل قتله لانه حربي ولا أمان له وان لم يعرف ان أمانه لا يصح فلا يحل قتله الى أن يرجع الى مأمنه لانه دخل على أمان ويصح الامان بالقول وهو أن يقول أمنتك أو أجرتك أو أنت آمن أو مجار أو لا بأس عليك أو لا خوف عليك أو لا تخف أو مترس بالفارسية وما أشبه ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة من دخل دار أبي سفيان فهو آمن وقال لام هانئ قد أجرت من أجرت وقال أنس ان عمر رضي الله عنه في قصة الهرمزان ليس لك الى قتله من سبيل قلت له تكلم لا بأس عليك فأمسك عمر وروى زر عن عبد الله أنه قال ان الله يعلم كل لسان فمن أتى منكم أعجميا وقال مترس فقد أمنه ويصح الامان بالاشارة لما روى أبو سلمة قال قال عمر رضي الله عنه والذي نفس عمر بيده لو أن أحدكم أشار بأصبعه الى مشرك ثم نزل اليه على ذلك ثم قتله لقتلته فان أشار اليه بالامان ثم قال لم أرد الامان قبل قوله لانه أعرف بما أراده ويعرف المشرك أنه لا أمان له ولا يتعرض له الى أن يرجع الى مأمنه لانه دخل على أنه آمن وان أمن مشركا فرد الامان لم يصح الامان لانه ايجاب حق لغيره بعقد فلم يصح مع الرد كالايجاب في البيع والهبة وان أمن أسيرا لم يصح الامان لانه يبطل ما ثبت للامام فيه من الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وان قال كنت أمنته قبل الاسر لم يقبل لانه لا يملك عقد الامان في هذه الحال فلم يقبل اقراره به

(فصل) وان أسر [illegible] حرق [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]

(قوله في الحديث حرق نخل بني النضير وقطع) البويرة بغير همز اسم موضع وليس بتصغير بير وقوله تعالى ما قطعتم من لينة اللين نوع من النخل قيل هو الدقل وقيل هو الجعرور ضربان رديان من التمر واللينة النخلة الواحدة وأصلها لونة فقلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها وأصلها من اللون على هذا وهو قول العزيزي قالوا ألوان النخل ما عدا البرني والعجوة (قوله فمن أخفر مسلما) أي نقض عهده وذمته يقال أخفرت الرجل اذا نقضت عهده وخفرته بغير همز أجرته

المصطلق واصطفى صفية من سبي خيبر وقسم سبي هوازن ثم استنزلته هوازن فنزل واستنزل الناس فنزلوا وان أسر حر بالغ من أهل القتال فللامام أن يختار مايرى من القتل والاسترقاق والمن والفداء فان رأى القتل قتل لقوله عز وجل فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولان النبي صلى الله عليه وسلم قتل يوم بدر ثلاثة من المشركين من قريش مطعم بن عدي والنضر بن الحارث وعقبة بن أبي معيط وقتل يوم أحد أبا عزة الجمحي وقتل يوم الفتح ابن خطل وان رأى المن عليه جاز لقوله عز وجل فاما منا بعد واما فداء ولان النبي صلى الله عليه وسلم من على أبي عزة الجمحي ومن على ثمامة الحنفي ومن على أبي العاص بن الربيع وان رأى أن يفادي بمال أو بمن أسر من المسلمين فادى به لقوله عز وجل فاما منا بعد واما فداء وروى عمران بن الحصين رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم فادى أسيرا من عقيل برجلين من أصحابه أسرهما ثقيف وان رأى ان يسترقه فان كان من غير العرب نظرت فان كان ممن له كتاب أوشبه كتاب استرقه لما روي عن ابن عباس أنه قال في قوله عز وجل ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل فلما كثروا واشتد سلطانهم أمر الله عز وجل في الاسارى فاما منا بعد واما فداء فجعل الله سبحانه وتعالى للنبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين في أمر الاسارى بالخيار ان شاؤا قتلوا وان شاؤا استعبدوهم وان شاؤا فادوهم فان كان من عبدة الاوثان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لايجوز استرقاقه لانه لايجوز اقراره على الكفر بالجزية فلم يجز الاسترقاق كالمرتد والثاني أنه يجوز لما رويناه عن ابن عباس ولان من جاز المن عليه في الاسر جاز استرقاقه كأهل الكتاب وان كان من العرب ففيه قولان قال في الجديد يجوز استرقاقه والمفاداة به وهو صحيح لان من جاز المن عليه والمفاداة به من الاسارى جاز استرقاقه كغير العرب وقال في القديم لايجوز استرقاقه لما روى معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين لو كان الاسترقاق ثابتا على العرب لكان اليوم وانما هو أسر وفداء فان تزوج عربي بأمة وأتت منه بولد فعلى قوله الجديد الولد مملوك وعلى القديم الولد حر ولا ولاء عليه لانه حر من الاصل

(فصل) ولا يختار الامام في الاسير من القتل والاسترقاق والمن والفداء الا ما فيه الحظ للاسلام والمسلمين لانه ينظر لهم فلا يفعل الا ما فيه الحظ لهم فان بذل الاسير الجزية وطلب أن تعقد له الذمة وهو ممن يجوز أن تعقد له الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يجب قبولها كما يجب اذا بذل وهو في غير الاسر وهو ممن يجوز أن تعقد له الذمة والثاني أنه لايجب لانه يسقط بذلك ماثبت من اختيار القتل والاسترقاق والمن والفداء وان قتله مسلم قبل أن يختار الامام مايراه عزر القاتل لافتياته على الامام ولا ضمان عليه لانه حربي لا أمان له وان أسلم حقن دمه لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وهل يرق بالاسلام أو يبقى الخيار فيه بين الاسترقاق والمن والفداء فيه قولان أحدهما أنه يرق بنفس الاسلام ويسقط الخيار في الباقي لانه أسير لايقتل فرق كالصبي والمرأة والثاني أنه لايرق بل يبقى الخيار في الباقي لما روى عمران بن الحصين رضي الله عنه أن الاسير العقيلي قال يا محمد اني مسلم ثم فاداه برجلين ولان ماثبت الخيرفيه بين أشياء اذا سقط أحدها لم يسقط الخيار في الباقي ككفارة اليمين اذا عجز فيها عن العتق فعلى هذا اذا اختار الفداء لم يجز أن يفادى به الا أن يكون له عشيرة يأمن معهم على دينه ونفسه وان أسر شيخ لا قتال فيه ولا رأي له في حرب فان قلنا انه يجوز قتله فهو كغيره في الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وان قلنا لايجوز قتله فهو كغيره ممن أسلم في الاسر وقد بيناه

(قوله اصطفى صفية من سبي خيبر) أي اختارها مأخوذ من صفوة المال وهو خياره وسميت صفية لذلك وقيل كان ذلك اسمها من قبل أن تسبى (قوله استنزلته هوازن ونزل واستنزل الناس) يقال استنزل فلان أي حط عن منزلته ومعناه طلبوا منه أن ينحط عما ملكه واستنزل الناس طلبهم أن يحطوا ويتركوا ماملكوه من السبي ومثله استنزله من نحو المبيع

﴿فصل﴾ وان رأى الامام القتل ضرب عنقه لقوله عز وجل فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب ولا يمثل به لما روى بريدة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية قال اغزوا بسم الله قاتلوا من كفر بالله ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تغلوا ويكره حمل رأس من قتل من الكفار الى بلاد المسلمين لما روى عقبة بن عامر أن شرحبيل بن حسنة وعمرو بن العاص بعثا بريدا الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه برأس يناق البطريق فقال لا تحملوا الجيف الى مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت يا خليفة رسول الله انهم يفعلون بنا هكذا قال لا تحملوا الينا منهم شيأ وان اختار استرقاقه كان للغانمين وان فاداه بمال كان للغانمين وان أراد أن يسقط منهم شيأ من المال لم يجز الا برضا الغانمين لما روى عروة بن الزبير أن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة أخبراه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه وفد هوازن مسلمين فقال ان اخوانكم هؤلاء جاؤا تائبين واني قد رأيت أن أرد اليهم فمن أحب منكم أن يطيب ذلك فليفعل ومن أحب منكم أن يكون على حقه حتى نعطيه اياه من أول ما يفيء الله علينا فليفعل فقال الناس قد طيبنا لك يا رسول الله قال الزهري أخبرني سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد ستة آلاف سبي من سبي هوازن من النساء والصبيان والرجال الى هوازن حين أسلموا وان أسر عبد فرأى الامام أن يمن عليه لم يجز الا برضا الغانمين وان رأى قتله لشره وقوته قتله وضمن قيمته للغانمين لانه مال لهم

﴿فصل﴾ وان دعا مشرك الى المبارزة فالمستحب أن يبرز اليه مسلم لما روي أن عتبة وشيبة ابني ربيعة والوليد بن عتبة دعوا الى المبارزة فبرز اليهم حمزة بن عبد المطلب وعلي بن أبي طالب وعبيدة بن الحرث ولانه اذا لم يبرز اليه أحد ضعفت قلوب المسلمين وقويت قلوب المشركين فان بدأ المسلم ودعا الى المبارزة لم يكره وقال أبو علي بن أبي هريرة يكره لانه ربما قتل وانكسرت قلوب المسلمين والصحيح أنه لا يكره لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن المبارزة بين الصفين فقال لا بأس ويستحب أن لا يبارز الا قوي في الحرب لانه اذا بارز ضعيف لم يؤمن أن يقتل فيضعف قلوب المسلمين وان بارز ضعيف جاز ومن أصحابنا من قال لا يجوز لان القصد من المبارزة اظهار القوة وذلك لا يحصل من مبارزة الضعيف والصحيح هو الاول لان التغرير بالنفس يجوز في الجهاد ولهذا يجوز للضعيف أن يجاهد كما يجوز للقوي والمستحب أن لا يبارز الا باذن الامير ليكون ردأ له اذا احتاج فان بارز بغير اذنه جاز ومن أصحابنا من قال لا يجوز لانه لا يؤمن أن يقتل فيكسر به الجيش والصحيح أنه يجوز لان التغرير بالنفس في الجهاد جائز وان بارز مشرك مسلما نظرت فان بارز من غير شرط جاز لكل أحد أن يرميه لانه حربي لا أمان له وان شرط أن لا يقاتله غير من برز اليه لم يجز رميه وفاء بالشرط فان ولى عنه مختارا أو مثخنا أو ولى عنه المسلم مختارا أو مثخنا جاز لكل أحد رميه لانه شرط الامان في حال القتال وقد انقضى القتال وزال الامان وان استنجد المشرك أصحابه في حال القتال فأنجدوه وبدأ المشركون بمعونته فقد جاز لكل أحد رميه لانه نقض الامان وان أعانوه فمنعهم فلم يقبلوا منه فهو على أمانه لانه لم ينقض الامان ولا انقضى القتال وان لم يشترط ولكن العادة في المبارزة أن لا يقاتله غير من يبرز اليه فقد قال بعض أصحابنا انه يستحب أن لا يرميه غيره وعندي أنه لا يجوز لغيره رميه لان العادة كالشرط فان شرط [illegible] لا يقاتله غيره ولا يتعرض له اذا انقضى القتال حتى يرجع [illegible] فتدعوه [illegible] لكل أحد أن يرميه لانه نقض شرطه [illegible]

﴿فصل﴾ وان غرر بنفسه من له سهم في قتل كافر مقبل على الحرب فقتله استحق سلبه لما روى

شيأ من الغنيمة (قوله بعث بريدا) أي رسولا وقد ذكر (قوله يناق البطريق) بتقديم الياء على النون والشد بدقال الصغاني في التكملة وتخفف نونه أيضا وهو جد الحسن بن مسلم ابن يناق من اتباع التابعي والبطريق عند الروم مثل الرئيس عند العرب وجمعه بطارقة (قوله فمن أحب أن يطيب قالوا قد طيبنا لك يا رسول الله) معناه من أحب أن يهب بطيب نفس منه وطيبنا لك وهبنا لك عن طيب أنفسنا ومنه سبي طيبة بكسر الطاء وفتح الياء صحيح السباء لم يكن عن غدر ولا نقض عهد (قوله وان دعا الى المبارزة) أصل البروز الظهور في البراز وهو المكان الفضاء الواسع وهو ههنا ظهور الفتحار بين الصفين لاستنزال غيرهم من أهل الحرب قال الله تعالى وترى الارض بارزة أي ظاهرة ليس فيها شجر ولا شيء (قوله مختارا أو مثخنا) أثخنته الجراحة وهنته يقال أثخنه المرض اشتد عليه وقال الازهري أثخنته تركته وقيذا لا حراك به محروحا وقوله تعالى حتى يثخن في الارض أي يكثر القتل ولا يتم عرفه وقال الازهري يثخن يبالغ في قتل أعدائه (قوله استنجد مشرك) أي استعان وأنجده أعانه ونجدة شجاعة وشدة يقال رجل نجد ونجيد أي شجاع

أبو قتادة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فرأيت رجلا من المشركين علا رجلا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربت على حبل عاتقه فاقبل على فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فقصصت عليه فقال رجل صدق يارسول الله وسلب ذلك الرجل عندي فأرضه فقال أبو بكر رضي الله عنه لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه اياه فاعطاني اياه فبعت الدرع فابتعت به مخرفا في بني سلمة وانه لاول مال تأثلته في الاسلام فان كان ممن لاحق له في الغنيمة كالمخذل والكافر اذا حضر من غير اذن لم يستحق لانه لاحق له في السهم الراتب فلان لا يستحق السلب وهو غير راتب أولى فان كان ممن يرضخ له كالصبي والمرأة والكافر اذا حضر بالاذن ففيه وجهان أحدهما أنه لا يستحق لما ذكرناه والثاني أنه يستحق لان له حقا في الغنيمة فاشبه من له سهم وان لم يغرر بنفسه في قتله بان رماه من وراء الصف فقتله لم يستحق سلبه وان قتله وهو غير مقبل على الحرب كالاسير والمثخن والمنهزم لم يستحق سلبه وقال أبو ثور كل مسلم قتل مشركا استحق سلبه لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل كافرا فله سلبه ولم يفصل وهذا لا يصح لان ابن مسعود رضي الله عنه قتل أبا جهل وكان قد أثخنه غلامان من الانصار فلم يدفع النبي صلى الله عليه وسلم سلبه الى ابن مسعود وان قتله وهو مول ليكر استحق السلب لان الحرب كر وفر وان اشترك اثنان في القتل اشتركا في السلب لاشتراكهما في القتل وان قطع أحدهما يديه ورجليه وقتله الآخر ففيه قولان أحدهما أن السلب للاول لانه عطله والثاني ان السلب للثاني لانه هو الذي كف شره دون الاول لان بعد قطع اليدين يمكنه أن يعدو ويجلب وبعد قطع الرجلين يمكنه أن يقاتل اذا ركب وان غرر من له سهم فأسر رجلا مقبلا على الحرب وسلمه الى الامام حيا ففيه قولان أحدهما لا يستحق سلبه لانه لم يكف شره بالقتل والثاني أنه يستحق لان تغريره بنفسه في أسره ومنعه من القتال أبلغ من القتل وان من عليه الامام أو قتله استحق الذي أسره سلبه وان استرقه أو فاداه بمال ففي رقبته وفي المال المفادى به قولان أحدهما أنه للذي أسره والثاني أنه لا يكون له لانه مال حصل بسبب تغريره فكان فيه قولان كالسلب

﴿فصل﴾ والسلب ما كان يده عليه من جنة الحرب كالثياب التي يقاتل فيها والسلاح الذي يقاتل به والمركوب الذي يقاتل عليه فأما ما لا يد له عليه كخيمته وما في رحله من السلاح والكراع فلا يستحق سلبه لانه ليس من السلب وأما ما في يده مما لا يقاتل به كالطوق والمنطقة والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة ففيه قولان أحدهما أنه ليس من السلب لانه ليس من جنة الحرب والثاني أنه من السلب لان يده عليه فهو كجنة الحرب ولا يخمس السلب لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في السلب للقاتل ولم يخمس السلب

﴿فصل﴾ وان حاصر قلعة ونزل أهلها على حكم حاكم جاز لان بني قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة ويجب أن يكون الحاكم حرا مسلما ذكرا بالغا عاقلا عدلا عالما لانه ولاية حكم فشرط فيه هذه الصفات كولاية القضاء ويجوز أن يكون أعمى لان الذي يقتضي الحكم هو الذي يشتهر من حالهم وذلك يدرك بالسماع فصح من الاعمى كالشهادة فيما طريقه الاستفاضة ويكره أن يكون الحاكم حسن الرأي فيهم لميله اليهم ويجوز حكمه لانه عدل في الدين وان نزلوا على حكم حاكم

(قوله حبل عاتقه) قال الازهري حبل العاتق عرق يظهر على عاتق الرجل يتصل بحبل الوريد في باطن العنق قال وانما سمي السلب سلبا لان قاتله يسلبه فهو مسلوب وسليب كما يقال خبطت الشجر ونفضته والورق المخبوط خبط ونفض (قوله فابتعت به مخرفا في بني سلمة وانه لاول مال تأثلته) المخرف بالفتح البستان وفي الحديث عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع يقال خرف التمر واخترف اذا جناه واشتقاقه من الخريف وهو الفصل المعروف من السنة لان ادراكه يكون فيه (قوله تأثلته) التأثل اتخاذ أصل المال ومجد مؤثل أي أصيل وفي الحديث في وصي اليتيم فليأكل غير متأثل مالا وأصله من الاثلة التي هي الشجرة قال امرؤ القيس

ولكنما أسعى لمجد مؤثل وقد يدرك المجد المؤثل أمثالي

(قوله ثم يرضخ له) الرضخ أن يعطيه أقل من سهم المقاتل والرضخ العطاء القليل (قوله يعدو ويجلب) الجلب رفع الصوت جلب وأجلب اذا صوت (قوله جنة الحرب) هو ما ستره ومنعه من وصول السلاح وكل ما استتر به فهو جنة (قوله في حديث سعد بن معاذ لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة) أرقعة سماء سماء [illegible] وكذلك سائر السموات وهي سبع فهذا كل سماء رقيع [illegible] كما رقع الثوب [illegible] ذهب به الى السقف [illegible] بفتح الزاي وكسر الباء

يختاره الامام جاز لانه لا يختار الامام الا من يجوز حكمه وان نزلوا على حكم من يختارونه لم يجز الا أن يشترط أن يكون الحاكم على الصفات التي ذكرناها وان نزلوا على حكم اثنين جاز لانه تحكيم في مصلحة طريقها الرأي فجاز أن يجعل الى اثنين كالتحكيم في اختيار الامام وان نزلوا على حكم من لا يجوز أن يكون حاكما أو على حكم من يجوز أن يكون حاكما فمات أو على حكم اثنين فماتا أو مات أحدهما وجب ردهم الى القلعة لانهم نزلوا على أمان فلا يجوز أخذهم الا برضاهم ولا يحكم الحاكم الا بما فيه مصلحة للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء وان حكم بعقد الذمة وأخذ الجزية ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز الا برضاهم لانه عقد معاوضة فلا يجوز من غير رضاهم والثاني يجوز لانهم نزلوا على حكمه وان حكم أن من أسلم منهم استرق ومن أقام على الكفر قتل جاز وان حكم بذلك ثم أراد أن يسترق من حكم بقتله لم يجز لانه لم ينزل على هذا الشرط وان حكم عليهم بالقتل ثم رأى هو أو الامام أن يمن عليهم جاز لان سعد بن معاذ رضي الله عنه حكم بقتل رجال بني قريظة فسأل ثابت الانصاري رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يهب له الزبير بن باطا اليهودي ففعل فان حكم باسترقاقهم لم يجز أن يمن عليهم الا برضا الغانمين لانهم صاروا مالا لهم

﴿فصل﴾ ومن أسلم من الكفار قبل الاسر عصم دمه وماله لما روى عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها فان كانت له منفعة باجارة لم تملك عليه لانها كالمال وان كانت له زوجة جاز استرقاقها على المنصوص ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز أن يملك ماله ومنفعته وهذا خطأ لان منفعة البضع ليست بمال ولا تجري مجرى المال ولهذا لا يضمن بالغصب بخلاف المال والمنفعة وان كان له ولد صغير لم يجز استرقاقه لان النبي صلى الله عليه وسلم حاصر بني قريظة فأسلم ابنا شعية فأحرزا باسلامهما أموالهما وأولادهما ولانه مسلم فلم يجز استرقاقه كالاب وان كان له حمل من حربية لم يجز استرقاقه لانه محكوم باسلامه فلم يسترق كالولد وهل يجوز استرقاق الحامل فيه وجهان أحدهما لا يجوز لانه اذا لم يسترق الحمل لم يسترق الحامل ألا ترى أنه لما لم يجز بيع الحمل لم يجز بيع الحامل به والثاني أنه يجوز لانها حربية لا أمان لها

﴿فصل﴾ وان أسلم رجل وله ولد صغير تبعه الولد في الاسلام لقوله عز وجل والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان ألحقنا بهم ذريتهم وان أسلمت امرأة ولها ولد صغير تبعها في الاسلام لانها أحد الابوين فتبعها الولد في الاسلام كالاب وان أسلم أحدهما والولد حمل تبعه في الاسلام لانه لا يصح اسلامه بنفسه فتبع المسلم منهما كالولد وان أسلم أحد الابوين دون الآخر تبع الولد المسلم منهما لان الاسلام أعلى فكان الحاقه بالمسلم منهما أولى وان لم يسلم واحد منهما فالولد كافر لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه وان بلغ وهو مجنون فأسلم أحد أبويه تبعه في الاسلام لانه لا يصح اسلامه بنفسه فتبع الابوين في الاسلام كالصغير وان بلغ عاقلا ثم جن ثم أسلم أحد أبويه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يتبعه لانه زال حكم الاتباع ببلوغه عاقلا فلا يعود والثاني أنه يتبعه وهو المذهب لانه لا يصح اسلامه بنفسه فتبع أبويه في الاسلام كالطفل

﴿فصل﴾ وان سبى المسلم صبيا فان كان معه أحد أبويه كان كافرا لما ذكرناه من حديث أبي هريرة وان سبي وحده ففيه وجهان أحدهما أنه باق على حكم كفره لم يتبعه في الاسلام وهو ظاهر المذهب لان يد السابي يد ملك فلا توجب اسلامه كيد المشتري والثاني أنه يتبعه لانه لا يصح اسلامه

(قوله ابنا شعية) بالشين المعجمة المفتوحة والياء باثنتين من تحت

بنفسه ولا معه ممن يتبعه فى كفره فجعل تابعا للسابى لانه كالاب فى حضانته وكفالته فتبعه فى الاسلام

﴿فصل﴾ وان وصف الاسلام صبى عاقل من أولاد الكفار لم يصح اسلامه على ظاهر المذهب لما روى على كرّم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم ولانه غير مكلف فلم يصح اسلامه بنفسه كالمجنون فعلى هذا يحال بينه و بين أهله من الكفار الى أن يبلغ لانه اذا ترك معهم خدعوه وزهدوه فى الاسلام فان بلغ ووصف الاسلام حكم باسلامه وان وصف الكفر هدد وضرب وطولب بالاسلام وان أقام على الكفر رد الى أهله من الكفار ومن أصحابنا من قال يصح اسلامه لانه يصح صومه وصلاته فصح اسلامه كالبالغ

﴿فصل﴾ وان سبيت امرأة ومعها ولد صغير لم يجز التفريق بينهما وقد بيناه فى البيع وان سبى رجل ومعه ولد صغير ففيه وجهان أحدهما انه لا يجوز التفريق بينهما لانه أحد الابوين فلم يفرق بينه و بين الولد الصغير كالام والثانى انه يجوز أن يفرق بينهما لان الاب لا بد أن يفارقه فى الحضانة لانه لا يتولى حضانته بنفسه وانما يتولاها غيره فلم يحرم التفريق بينهما بخلاف الام فانها لا تفارقه فى الحضانة فانه اذا فرق بينهما ولهت بمفارقته فحرم التفريق بينهما

﴿فصل﴾ وان سبى الزوجان أو أحدهما انفسخ النكاح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال أصبنا نساء يوم أوطاس فكرهوا أن يقعوا عليهن فانزل الله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم فاستحللناهن قال الشافعى رحمه الله سبى رسول الله صلى الله عليه وسلم أوطاس و بنى المصطلق وقسم الفيء وأمر أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها وان كان الزوجان مملوكين فسبيا أو أحدهما فلا نص فيه والذى يقتضيه قياس المذهب أن لا ينفسخ النكاح لانه لم يحدث بالسبى رق وانما حدث انتقال الملك فلم ينفسخ النكاح كما لو انتقل الملك فيهما بالبيع ومن أصحابنا من قال ينفسخ النكاح لانه حدث سبى يوجب الاسترقاق وان صادف رقا كما ان الزنا يوجب الحد وان صادف حدا

﴿فصل﴾ اذا دخل الجيش دار الحرب فاصابوا ما يؤكل من طعام أو فاكهة أو حلاوة واحتاجوا اليه جاز لهم أكله من غير ضمان لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال كنا نصيب من المغازى العسل والفاكهة فنأكله ولا نرفعه وسئل ابن أبى أوفى عن طعام خيبر فقال كان الرجل يأخذ منه قدر حاجته ولان الحاجة تدعو الى ما يؤكل ولا يوجد من يشترى منه مع قيام الحرب فجاز لهم الاكل وهل يجوز لهم الاكل من غير حاجة فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه لا يجوز كما لا يجوز فى غير دار الحرب أكل مال الغير بغير اذنه من غير حاجة والثانى انه يجوز وهو ظاهر المذهب وقول أكثر أصحابنا لما روى عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال دلى جراب من شحم يوم خيبر فاتيته فالتزمته ثم قلت لا أعطى من هذا أحدا اليوم شيأ فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم الى ولو لم يجز أكل ما زاد على الحاجة لنهاه عن منع ما زاد على الحاجة ويخالف طعام الغير بأن ذلك لا يجوز أكله من غير ضرورة وهذا يجوز أكله من غير ضرورة قطعا وطعام الغير يأكله بعوض وهذا يأكله بغير عوض فجاز ان يأكله من غير حاجة ولا يجوز لاحد منهم أن يبيع شيأ منه لان حاجته الى الاكل دون البيع وان باع شيأ منه نظرت فان باعه من بعض الغانمين وسلمه اليه صار المشترى أحق به لانه من الغانمين وقد حصل فى يده ما يجوز له أخذه للاكل فكان أحق به فان رده الى البائع صار البائع أحق به لما ذكره فى المشترى وان باعه من غير الغانمين وسلمه اليه وجب على المشترى رده الى الغنيمة لانه

(قوله زهدوه) أى قللوا رغبته فيه وولهت أى حزنت لفقده والوله ذهاب العقل من الحزن

ابتاعه ممن لا يملك بيعه وليس هو من الغانمين فيمسكه لحقه فوجب رده الى الغنيمة

﴿فصل﴾ ويجوز أن يعلف منه المركوب وما يحمل عليه رحله من البهائم لان حاجته اليه كحاجته ولا يدهن منه شعره ولا شعر البهائم لانه لا حاجة به اليه ولا يعلف منه ما معه من الجوارح كالصقر والفهد لانه لا حاجة به اليه وان خرج الى دار الاسلام ومعه بقية من الطعام ففيه قولان أحدهما انه لا يلزمه ردها فى المغنم لانه مال اختص به من الغنيمة فلا يجب رده فيها كالسلب والثانى أنه يجب ردها لانه انما أجيز أخذه فى دار الحرب للحاجة ولا حاجة اليه فى دار الاسلام ومن أصحابنا من قال ان كان كثيرا وجب رده قولا واحدا وان كان قليلا فعلى القولين والصحيح هو الاول ولا يجوز تناول ما يصاب من الادوية من غير حاجة وان دعت الحاجة اليه جاز تناوله ويجب ضمانه لانه ليس من الاطعمة التى يحتاج اليها فى العادة ولا يجوز له لبس ما يصاب من الثياب لما روى رويفع بن ثابت الانصارى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فىء المسلمين حتى اذا أعجفها ردها فيه ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فىء المسلمين حتى اذا أخلقه رده فيه ولانه لا يحتاج اليه فى العادة فان لبسه لزمته أجرته لانه كالغاصب

﴿فصل﴾ ويجوز ذبح ما يؤكل للاكل ومن أصحابنا من قال لا يجوز والمذهب الاول لانه مما يؤكل فى العادة فهو كسائر الطعام ولا يجوز أن يعمل من أهبها حذاء ولا سقاء ولا دلاء ولا فراء فان اتخذ منه شيأ من ذلك وجب رده فى المغنم وان زادت بالصنعة قيمته لم يكن له فى الزيادة حق وان نقص لزمه أرش ما نقص لانه كالغاصب

﴿فصل﴾ وان أصابوا كتبا فيها كفر لم يجز تركها على حالها لان قراءتها والنظر فيها معصية وان أصابوا التوراة والانجيل لم يجز تركها على حالها لانه لا حرمة لها لانها مبدلة فان أمكن الانتفاع بما كتب عليه اذا غسل كالجلود غسل وقسم مع الغنيمة وان لم يمكن الانتفاع به اذا غسل كالورق مزق ولا يحرق لانه اذا حرق لم يكن له قيمة فاذا مزق كانت له قيمة فلا يجوز اتلافه على الغانمين

﴿فصل﴾ واذا أصابوا خمرا وجب اراقتها كما يجب اذا أصيبت فى يد مسلم فان أصابوا خنزيرا فقد قال فى سير الواقدى يقتل ان كان به عدو فمن أصحابنا من قال ان كان فيه عدو قتل لما فيه من الضرر وان لم يكن فيه عدو لم يقتل لانه لا ضرر فيه ومنهم من قال يجب قتله بكل حال لانه يحرم الانتفاع به فوجب اتلافه كالخمر وان أصابوا كلابا فان كان عقورا قتل لما فيه من الضرر وان كان فيه منفعة دفع الى من ينتفع به من الغانمين أو من أهل الخمس وان لم يكن فيهم من يحتاج اليه خلى لان اقتناءه لغير حاجة محرم وقد بيناه فى البيوع

﴿فصل﴾ وان أصابوا مباحا لم يملكه الكفار كالصيد والحجر والحشيش والشجر فهو لمن أخذه كما لو وجده فى دار الاسلام وان وجد ما يمكن أن يكون للمسلمين ويمكن أن يكون للكفار كالسيف والقوس عرف سنة فان لم يوجد صاحبه فهو غنيمة

﴿فصل﴾ وان فتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات فان لم يمنع الكفار عنها فهو لمن أحياه كموات دار الاسلام وان منعوا عنها كان للغانمين لانه ثبت لهم بمنع عنها حق التملك فانتقل ذلك الحق الى الغانمين كما لو تحجروا مواتا للاحياء ثم صارت دارا للمسلمين وان فتحت صلحا على أن تكون الارض لهم لم يجز للمسلمين أن يتملكوا فيها مواتا بالاحياء لان الدار لهم فلم يثبت لمسلم فيها بالاحياء

﴿فصل﴾ وما أصاب المسلمون من مال الكفار وخيف أن يرجع اليهم نظر فيه فان كان غير حيوان أتلف حتى لا ينتفعوا به ويتقووا به على المسلمين وان كان حيوانا لم يجز اتلافه من غير ضرورة لما روى

(قوله وان فتحت أرض عنوة) أى قهرا مأخوذ من العانى وهو الاسير المقهور الذليل قال الله تعالى وعنت الوجوه للحى القيوم أى ذلت وخضعن وسمى الاسير أسيرا لانه يوسر أى يشد بالقد ثم كثر حتى سمى كل أخيذ أسيرا وان لم يشد

(قوله فان فيها ظعينة) الظعينة المرأة في الهودج وأصل الظعينة هو الهودج ثم سميت المرأة ظعينة لكونها فيه مأخوذ من الظعن وهو الارتحال قال الله تعالى يوم ظعنكم ويوم اقامتكم وقال بعضهم لا يقال المرأة ظعينة الا اذا كانت في الهودج (قوله

عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل عصفورا فما فوقها بغير حقها سأله الله تعالى عن قتلها قيل يا رسول الله وما حقها قال ان تذبحها فتأكلها ولا تقطع رأسها فترمي بها وان دعت الى قتله ضرورة بان كان الكفار لا خيل لهم وما أصابه المسلمون خيل وخيف أن يأخذوه ويقاتلوا عليه جاز قتله لانه اذا لم يقتل أخذه الكفار وقاتلوا به المسلمين

(فصل) اذا سرق بعض الغانمين نصابا من الغنيمة فان كان قبل اخراج الخمس لم يقطع لمعنيين أحدهما أن له حقا في خمسها والثاني أن له حقا في أربعة أخماسها وان سرق بعد اخراج الخمس نظرت فان سرق من الخمس لم يقطع لان له حقا فيه وان سرق من أربعة أخماسها نظرت فان سرق قدر حقه أو دونه لم يقطع لان له في ذلك القدر شبهة وان كان أكثر من حقه ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لانه لا شبهة له في سرقة النصاب والثاني أنه لا يقطع لان حقه شائع في الجميع فلم يقطع فيه وان كان السارق من غير الغانمين نظرت فان كان قبل اخراج الخمس لم يقطع لان له حقا في خمسها وان كان بعد اخراج الخمس فان سرق من الخمس لم يقطع لان له فيه حقا وان سرق ذلك من أربعة أخماسها فان كان في الغانمين من للسارق شبهة في ماله كالاب والابن لم يقطع لان له شبهة فيما سرق وان لم يكن له فيهم من له شبهة في ماله قطع لانه لا شبهة له فيما سرق

(فصل) وان وطئ بعض الغانمين جارية من الغنيمة لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور يجب وهذا خطأ لان له فيها شبهة وهو حق التملك ويجب عليه المهر لانه وطء يسقط فيه الحد على الموطوءة للشبهة فوجب المهر على الواطئ كالوطء في النكاح الفاسد وان أحبلها ثبت النسب للولد وينعقد الولد حرا لشبهة وهل تقسم الجارية في الغنيمة أو تقوم على الواطئ فيه طريقان من أصحابنا من قال ان قلنا انه اذا ملكها صارت أم ولد قومت عليه وان قلنا انها لا تصير أم ولد له لم تقوم عليه وقال أبو اسحق تقوم على القولين لانه لا يجوز قسمتها كما لا يجوز بيعها ولا يجوز تأخير القسمة لان فيه اضرارا بالغانمين فوجب أن تقوم وان وضعت فهل تلزمه قيمة الولد ينظر فيه فان كان قد قومت عليه لم تلزمه لانها تضع في ملكه وان لم تكن قومت عليه لزمه قيمة الولد لانها وضعته في غير ملكه

(فصل) ومن قتل في دار الحرب قتلا يوجب القصاص أو أتى بمعصية توجب الحد وجب عليه ما يجب في دار الاسلام لانه لا تختلف الداران في تحريم الفعل فلم تختلفا فيما يجب به من العقوبة

(فصل) وان تجسس رجل من المسلمين للكفار لم يقتل لما روى عن علي كرم الله وجهه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا والزبير والمقداد وقال انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فان فيها ظعينة معها كتاب فخذوه منها فانطلقنا حتى أتينا الروضة فاذا بالظعينة فقلنا أخرجي الكتاب فأخرجته من عقاصها فأتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه الى أناس بمكة يخبرهم ببعض أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا حاطب ما هذا قال يا رسول الله لا تعجل علي انما كنت امرأ ملصقا فأحببت أن أتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتي ولم أفعل ذلك ارتدادا عن ديني ولا رضى بالكفر بعد الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما انه قد صدق فقال عمر دعني يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق فقال انه قد شهد بدرا فقال سفيان بن عيينة فأنزل الله يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء وقرأ سفيان الى قوله فقد ضل سواء السبيل

(قوله فأخرجته من عقاصها) عقص الشعر ليه وضفره على الرأس ومنه سميت الشاة الملتوية القرن عقصاء والعقاص جمع عقصة مثل رهمة ورهام قال امرؤ القيس * يضل العقاص في مثنى ومرسل (قوله كنت امرأ ملصقا فأحببت أن أتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتي) الملصق بالقوم والمتصق المنضم اليهم وليس منهم (قوله يدا) أراد صنيعة منه يمنعون بها قرابتي قال تكن لك في قومي يد يشكرونها * وأيدي الندى في الصالحين قروض (قوله دعني أضرب عنق هذا المنافق) قد ذكرنا أن المنافق الذي يظهر الايمان ويستر الكفر وفي اشتقاقه ثلاثة أوجه أحدها أنه مشتق من النفق وهو السرب من قوله تعالى فان استطعت أن تبتغي نفقا في الارض فشبه بالذي يدخل النفق ويستتر به والثاني أنه مشتق من نافقاء اليربوع وهو جحره لان له جحرا يسمى النافقاء وآخر يقال له القاصعاء فاذا طلب من النافقاء قصع فخرج من القاصعاء وان طلب من القاصعاء نفق فخرج من النافقاء وكذلك المنافق يدخل في الكفر ويخرج من الاسلام مرة [illegible] ويخرج من الكفر ويدخل في الاسلام مرة للمسلمين والثالث أنه مشتق من النافقاء بمعنى آخر وذلك أنه يحفر في الارض حتى [illegible] فاذا [illegible] خرج [illegible] الارض ويبقى في ظاهره [illegible] هو جحره تراب وباطنه حفر وكذلك المنافق [illegible] وباطنه كفر

فصل

وظاهره أيمان والير بوع أربعة أجحرة الراهطاء والنافقاء والقاصعاء والدأماء (قوله وخاف أن يغتالهم) غاله واغتاله اذا أخذه من حيث لم يدر وقال الازهرى الغيلة هو أن يخدع بالشئ حتى يسير الى موضع يكون فيه الرجال فيقتل وسمى الامير أميرا لان أصحابه يفزعون فى أمرهم الى مؤامرته أى مشاورته وقيل سمى أمير النفاذ أمره وقيل انه مشتق من أمر بكسر الميم أى كثر لانه فى نفسه وان كان وحده كثير وقد فسر قوله تعالى أمرنا مترفيها أى كثرناهم (قوله اذا لقيت عدوا بين المشركين) قال الهروى العداوة تباعد القلوب والنيات وقال ابن الانبارى لانه يعدو بالمكروه والظلم ويقال عدا عليه عدوا اذا ظلمه قال الله تعالى فيسبوا الله عدوا بغير علم أى ظلما والعدو يقع على الواحد والاثنين والجمع والمذكر والمؤنث بلفظ واحد قال الله تعالى فانهم عدو لى وقال

﴿فصل﴾ اذا أخذ المشركون مال المسلمين بالقهر لم يملكوه واذا استرجع منهم وجب رده الى صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه قال أغار المشركون على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهبوا به وذهبوا بالعضباء وأسروا امرأة من المسلمين فركبتها وجعلت لله عليها ان نجاها الله لتنحرنها فقدمت المدينة وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بئس ما جزيتها لا وفاء لنذر فى معصية الله عز وجل ولا فيما لا يملكه ابن آدم فان لم يعلم به حتى قسم دفع الى من وقع فى سهمه العوض من خمس الخمس ورد المال الى صاحبه لانه يشق نقض القسمة

﴿فصل﴾ وان أسر الكفار مسلما وأطلقوه من غير شرط فله أن يغتالهم فى النفس والمال لانهم كفار لا أمان لهم وان أطلقوه على أنه فى أمان ولم يستأمنوه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا أمان لهم لانهم لم يستأمنوه والثانى وهو ظاهر المذهب انهم فى أمانه لانهم جعلوه فى أمان فوجب أن يكونوا منه فى أمان وان كان محبوسا فأطلقوه واستحلفوه أنه لا يرجع الى دار الاسلام لم يلزمه حكم اليمين ولا كفارة عليه اذا حلف لان ظاهره الاكراه فان ابتدأ وحلف انه ان أطلق لم يخرج الى دار الاسلام ففيه وجهان أحدهما أنها يمين اكراه فان خرج لم تلزمه كفارة لانه لم يقدر على الخروج الا باليمين فأشبه اذا حلفوه على ذلك والثانى أنه يمين اختيار فان خرج لزمته الكفارة لانه بدأ بها من غير اكراه وان أطلق ليخرج الى دار الاسلام وشرط عليه أن يعود اليهم أو يحمل لهم مالا لم يلزمه العود لان مقامه فى دار الحرب لا يجوز ولا يلزمه بالشرط ولا يلزمه ما ضمن من المال لانه ضمن مال بغير حق والمستحب أن يحمل لهم ما ضمن ليكون ذلك طريقا الى اطلاق الاسرى

﴿باب الانفال﴾

يجوز لامير الجيش أن ينفل لمن فعل فعلا يفضى الى الظفر بالعدو كالتجسيس والدلالة على طريق أو قلعة أو التقدم بالدخول الى دار الحرب أو الرجوع اليها بعد خروج الجيش منها لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث وتقدير النفل الى رأى أمير الجيش لانه بذل لمصلحة الحرب فكان تقديره الى رأى الامير ويكون ذلك على قدر العمل لان النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث لان التغرير فى القفول

وهم لكم عدو وقال الشاعر
اذا أنا لم أنفع خليلى بوده * فان عدوى لن يضرهم بغضى
وقد يجمع فيقال أعداء قال الله تعالى فلا تشمت بى الاعداء (قوله ذهبوا بالعضباء) العضب القطع فى الاذن يقال بعير أعضب وناقة عضباء وهو هنا اسم علم لها لا لاجل أنها مقطوعة

﴿ومن باب الانفال﴾

الانفال جمع نفل بالتحريك وبسكونها الغنيمة قال لبيد
* ان تقوى ربنا خير نفل *
وأصله العطية بغير وجوب على المعطى ومنه قيل لصلاة التطوع نافلة وقيل أصله الزيادة لانها زائدة على الفرائض ولان الغنيمة زادها الله هذه الامة فى الحلال ومنه قوله تعالى ووهبنا له اسحق ويعقوب نافلة أى زيادة على اسحق ويسمى ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد وقوله تعالى يسئلونك عن الانفال انما كان سؤالهم عنها لانها كانت حراما على من قبلهم كانت تنزل نار من السماء فتحرقها وحلها الله لهم والغنيمة أصلها الربح والفضل ومنه الحديث فى الرهن له غنمه أى ربحه وفضله والفئ أصله فى اللغة الرجوع فكأنه فاء الى كذا أى رجع اليه والمعنى انه رجع الى المسلمين ورد ومنه قيل للظل فئ لانه يرجع من جانب الى جانب (قوله كان ينفل فى البدأة الربع وفى الرجعة الثلث) وفى بعضها القفول البدأة السرية التى ينفذها الامام أول ما يدخل بلاد العدو وأصله من الابتداء سفر يعنى فى غزو وهذا كله مبدأة والرجعة كذا وقيل الرجعة التى ينفذها بعد الرجوع الاولى وقيل التى بعد وقت دخوله والرجعة التى ينفذها بعد رجوعه من بلاد العدو والقفول هو الرجوع يقال قفل من خرج ومن غزو اذا رجع ولا يقال لرفقة فى السفر قافلة الا اذا كانوا راجعين الى بلادهم ولابد لهم فى ذهابهم وهو مما تغلط فيه العامة قال الجوهرى القلعة الحصن على الجبل ومرج القلعة بالتحريك موضع

أعظم لانه يدخل الى دار الحرب والعدو منه على حذر وفى البدأة يدخل والعدو منه على غير حذر ويجوز شرط النفل من بيت مال المسلمين ويجوز شرطه من المال الذى يؤخذ من المشركين فان جعل فى بيت مال المسلمين كان ذلك من خمس الخمس لما روى سعيد بن المسيب قال كان الناس يعطون النفل من الخمس ولانه مال يصرف فى مصلحة فكان من خمس الخمس ولا يجوز أن يكون مجهولا لانه عوض فى عقد لا تدعو الحاجة فيه الى الجهل به فلم يجز أن يكون مجهولا كالجعل فى رد الآبق وان كان النفل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا لان النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث وذلك جزء من غنيمة مجهولة

﴿فصل﴾ وان قال الامير من دلنى على القلعة الفلانية فله منها جارية فدله عليها رجل نظرت فان لم تفتح القلعة لم يجب للدليل شئ ومن أصحابنا من قال يرضخ له لدلالته والمذهب الاول لانه لما جعل له الجارية من القلعة صار تقديره من دلنى على القلعة وفتحت كانت له منها جارية لانه لا يقدر على تسليم الجارية الا بالفتح فلم يستحق من غير الفتح شيأ وان فتحت عنوة ولم تكن فيها جارية لم يستحق شيأ لانه شرط معدوم وان كانت فيها جارية سلمت اليه ولا حق فيها للغانمين ولا لأهل الخمس لانه استحقها بسبب سابق للفتح وان أسلمت الجارية قبل القدرة عليها لم يستحقها لان اسلامها يمنع من استرقاقها ويجب له قيمتها لان النبى صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة على أن يرد اليهم من جاء من المسلمات فمنعه الله عز وجل من ردهن وأمره أن يرد مهورهن وان أسلمت بعد القدرة عليها فان كان الدليل مسلما سلمت اليه وان كان كافرا فان قلنا ان الكافر يملك العبد المسلم بالشراء استحقها ثم أجبر على ازالة الملك عنها وان قلنا انه لا يملك دفع اليه قيمتها وان أسلم الدليل بعد ذلك لم يستحقها لانه أسلم بعد ما انتقل حقه الى قيمتها وان فتحت والجارية قد ماتت ففيه قولان أحدهما ان له قيمتها لانه تعذر تسليمها فوجب قيمتها كما لو أسلمت والثانى انه لا يجب له قيمتها لانه غير مقدور عليها فلم يجب قيمتها كما لو لم تكن فيها جارية وان فتحت صلحا نظرت فان لم تدخل الجارية فى الصلح كان الحكم فيها كالحكم اذا فتحت عنوة فان دخلت فى الصلح ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق ان الجارية للدليل وشرطها فى الصلح لا يصح كما لو زوجت امرأة من رجل ثم زوجت من آخر والثانى ان شرطها فى الصلح صحيح لان الدليل لو عفا عنها أمضينا الصلح فيها ولو كان فاسدا لم يمض الا بعقد مجدد فعلى هذا ان رضى الدليل بغيرها من جوارى القلعة أو رضى بقيمتها أمضينا الصلح وان لم يرض ورضى أهل القلعة بتسليمها فكذلك وان امتنع أهل القلعة من دفع الجارية وامتنع الدليل من الانتقال الى البدل ردوا الى القلعة وقد زال الصلح لانه اجتمع أمران متنافيان وتعذر الجمع بينهما وحق الدليل سابق ففسخ الصلح ولصاحب القلعة أن يحصن القلعة كما كانت من غير زيادة وان فتحت بعد ذلك عنوة كانت الجارية للدليل وان لم تفتح لم يكن له شئ

﴿فصل﴾ اذا قال الامير قبل الحرب من أخذ شيأ فهو له فقد أومأ فيه الى قولين أحدهما أن الشرط صحيح لان النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر من أخذ شيأ فهو له والثانى وهو الصحيح أنه لا يصح الشرط لانه جزء من الغنيمة شرطه لمن لا يستحقه من غير شرط فلا يستحقه بالشرط كما لو شرطه لغير الغانمين والخبر ورد فى غنائم بدر وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يضعها حيث شاء

﴿باب قسم الغنيمة﴾

والغنيمة ما أخذ من الكفار بايجاف الخيل والركاب فان كان فيها سلب للقاتل أو مال للمسلم سلم اليه لانه استحقه قبل الاغتنام ثم يدفع منها أجرة النقال والحافظ لانه لمصلحة الغنيمة فقدم ثم يقسم الباقى

(قوله بايجاف الخيل والركاب) قيل وجيفها سرعتها فى سيرها وقد أوجفها ارا كبها وقوله تعالى قلوب واجفة أى شديدة الاضطراب وانما سمى الوجيف فى السير لشدة هزه واضطرابه ذكره العزيزى وقال الجوهرى هو ضرب من سير الابل والخيل يقال وجف البعير يجف وجفا ووجيفا وأوجفته أنا ويقال أوجف فانجف

على خمسة أخماس خمس لاهل الخمس ثم يقسم أربعة أخماسها بين الغانمين لقوله عز وجل واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل فأضاف الغنيمة الى الغانمين ثم جعل الخمس لاهل الخمس فدل على أن الباقى للغانمين والمستحب أن يقسم ذلك فى دار الحرب ويكره تأخيرها الى دار الاسلام من غير عذر لان النبى صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريب من بدر وقسم غنائم بنى المصطلق على مياههم وقسم غنائم حنين بأوطاس وهو واد من أودية حنين فان كان الجيش رجالة سوى بينهم وان كانوا فرسانا سوى بينهم وان كان بعضهم فرسانا وبعضهم رجالة جعل للراجل سهما وللفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم للرجل سهم وللفرس سهمان ولا يفضل من قاتل على من لم يقاتل لان من لم يقاتل كالمقاتل فى ارهاب العدو ولانه أرصد نفسه للقتال ولا يسهم لمركوب غير الخيل لانه لا يلحق بالخيل فى التأثير فى الحرب من الكر والفر فلم يلحق بها فى السهم ويسهم للفرس العتيق وهو الذى أبواه عربيان وللبرذون وهو الذى أبوه عجميان وللمقرف وهو الذى أمه عربية وأبوه عجمى وللهجين وهو الذى أبوه عربى وأمه عجمية لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل معقود فى نواصيها الخير الى يوم القيامة ولانه حيوان يسهم له فلم يختلف سهمه باختلاف أبويه كالرجل وان حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجف فقد قال فى الام قيل لا يسهم له وقيل يسهم له فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يسهم له لانه لا يغنى غناء الخيل فلم يسهم له كالبغل والثانى يسهم له لان ضعفه لا يسقط سهمه كضعف الرجل وقال أبو اسحق ان أمكن القتال عليه أسهم له وان لم يمكن القتال عليه لم يسهم له لان الفرس يراد للقتال عليه وهذا أقيس والاول أشبه بالنص ولا يسهم للرجل لأكثر من فرس لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن الزبير حضر يوم حنين بأفراس فلم يسهم له النبى صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولانه لا يقاتل الا على فرس واحد فلا يسهم لأكثر منه وان حضر بفرس والقتال فى الماء أو على حصن استحق سهمه لانه أرهب بفرسه فاستحق سهمه كما لو حضر به القتال ولم يقاتل ولانه قد يحتاج اليه اذا خرجوا من الماء والحصن

﴿فصل﴾ فان غصب فرسا وحضر به الحرب استحق للفرس سهمين لانه حصل به الارهاب وفى مستحقه وجهان أحدهما أنه له والثانى أنه لصاحب الفرس بناء على القولين فى ربح الدراهم المغصوبة أحدهما أنه للغاصب والثانى أنه للمغصوب منه وان استعار فرسا أو استأجره للقتال فحضر به الحرب استحق به السهم لانه ملك القتال عليه وان حضر دار الحرب بفرس وانقضت الحرب ولا فرس معه بان نفق أو باعه أو آجره أو أعاره أو غصب منه لم يسهم له وان دخل دار الحرب راجلا ثم ملك فرسا أو استعاره وحضر به الحرب استحق السهم لان الاستحقاق بالقتال بالحضور فكذلك الاستحقاق بالفرس وان حضر بفرس وعار الفرس الى ان انقضت الحرب لم يسهم له ومن أصحابنا من قال يسهم له لانه خرج من يده بغير اختياره والمذهب الاول لان خروجه من يده يسقط السهم وان كان بغير اختياره كما يسقط سهم الراجل اذا مات قبل الوقعة وان كان بغير اختياره

﴿فصل﴾ ومن حضر الحرب ومرض فان كان مرضا يقدر معه على القتال كالسعال والحمى الخفيفة أسهم له لانه من أهل القتال ولان الانسان لا يخلو من مثله فلا يسقط سهمه وان كان لا يقدر على القتال لم يسهم له لانه ليس من أهل القتال فلم يسهم له كالمجنون والطفل

﴿فصل﴾ ولا حق فى الغنيمة لمخذل ولا لمن يرجف بالمسلمين ولا لكافر حضر بغير اذن لانه لا مصلحة

(قوله فان حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجف) الحطم المتكسر فى نفسه يقال للفرس اذا تهدم لطول عمره حطم ويقال حطمت الدابة أى أسنت والصرع بالتحريك الضعيف والاعجف المهزول (قوله لا يغنى غناء الخيل) أى لا يكفى كفايتها والغناء بالفتح والمد الكفاية (قوله فان نفق أو باعه) نفقت الدابة تنفق نفوقا أى ماتت (قوله فان عار فرسه) أى ذهب على وجهه وأفلت من يده ويقال سمى العير عيرا لتفلته ومنه قيل للغلام الذى خلع عذاره وذهب حيث شاء عيار وفرس عيار ومعيار اذا كان مضمرا ونفورا الطحال هو ورمه قال أبو عبيد انما هو من نفور الشئ من الشئ وهو تجافيه عنه وتباعده وقوله لمخذل قد ذكر (قوله لمن يرجف بالمسلمين) أى يخوفهم ويفزعهم من قوله تعالى يوم ترجف الراجفة يعنى يوم الفزع والخوف وأصله حركة الارض واضطرابها ومنه الارجاف وهو واحد الاراجيف الاخبار ومعناه التخويف والرعب وقد ذكر ورجفوا فى الشئ اذا خاضوا فيه

للمسلمين في حضورهم و يرضخ للصبي والمرأة والعبد والمشرك اذا حضر بالاذن ولم يسهم لهم لما روى عمير قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم وأنا عبد مملوك فلما فتح الله على نبيه خيبر قلت يا رسول الله سهمي فلم يضرب لي بسهم وأعطاني سيفا فتقلدته وكنت أخط بنعله في الأرض وأمر لي من خرثي المتاع وروى يزيد بن هرمز أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله هل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء وهل كان يضرب لهن بسهم فكتب اليه ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما سهم فلم يضرب لهن بسهم

﴿فصل﴾ وتقدير الرضخ الى اجتهاد أمير الجيش ولا يبلغ به سهم راجل لانه تابع لمن له سهم فنقص عنه كالحكومة لا يبلغ بها أرش العضو ومن أين يرضخ لهم فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرضخ لهم من أصل الغنيمة لانهم أعوان المجاهدين فجعل حقهم من أصل الغنيمة كالنقال والحافظ والثاني أنه من أربعة أخماس الغنيمة لانهم من المجاهدين فكان حقهم من أربعة أخماس الغنيمة والثالث أنه من خمس الخمس لانهم من أهل المصالح فكان حقهم من سهم المصالح

﴿فصل﴾ وان حضر أجير في اجارة مقدرة بالزمان ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يرضخ له مع الاجرة لان منفعته مستحقة لغيره فرضخ له كالعبد والثاني أنه يسهم له مع الاجرة لان الاجرة تجب بالتمكين والسهم بالحضور وقد وجد الجميع والثالث أنه يخير بين السهم والاجرة فان اختار الاجرة رضخ له مع الاجرة وان اختار السهم أسهم له وسقطت الاجرة لان المنفعة الواحدة لا يستحق بها حقان واختلف قوله في تجار الجيش فقال في أحد القولين يسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة والثاني أنه لا يسهم لهم لانهم لم يحضروا للقتال واختلف أصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان اذا حضروا ولم يقاتلوا وأما اذا حضروا وقاتلوا فانه يسهم لهم قولا واحدا ومنهم من قال القولان اذا قاتلوا فأما اذا لم يقاتلوا فانه لا يسهم لهم قولا واحدا

﴿فصل﴾ واذ لحق بالجيش مدد أو أفلت أسير ولحق بهم نظرت فان كان قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة أسهم لهم لقول عمر رضي الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وان كان بعد انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة لم يسهم لهم لانهم حضروا بعد ما صارت الغنيمة للغانمين وان كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة ففيه قولان أحدهما أنه لا يسهم لهم لانهم لم يشهدوا الوقعة والثاني أنه يسهم لهم لانهم حضروا قبل أن يملك الغانمون

﴿فصل﴾ وان خرج أمير في جيش وأنفذ سرية من الجيش الى الجهة التي يقصدها أو الى غيرها فغنمت السرية شاركهم الجيش وان غنم الجيش شاركتهم السرية لان النبي صلى الله عليه وسلم حين هزم هوازن بحنين أسرى قبل أوطاس سرية وغنمت فقسم غنائمهم بين الجميع وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون يد على من سواهم يسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وترد سراياهم على قاعدهم ولان الجميع جيش واحد فلم يختص بعضهم بالغنيمة وان أنفذ سريتين الى جهة واحدة من طريق أو طريقين اشترك الجيش والسريتان فيما يغنم كل واحد منهم لان الجميع جيش واحد وان أنفذ سريتين الى جهتين شارك السريتان الجيش فيما يغنمه وشارك الجيش السريتين فيما يغنمان وهل تشارك كل واحدة من السريتين السرية الاخرى فيما تغنمه فيه وجهان أحدهما أنها لا تشارك لان الجيش أصل السريتين وليست احدى السريتين أصلا للاخرى والثاني وهو الصحيح أنها تشارك لانهما من جيش واحد وان أنفذ الامير سرية من

المشدوخ (قوله من خرثي المتاع) الخرثي متاع البيت واسقاطه ونعل السيف يكون في أسفله من حديد أوغيره (قوله يحذين من الغنيمة) قال الجوهري حذيته من الغنيمة اذا أعطيته منها والاسم الحذيا على فعلى بالضم وهي القسمة من الغنيمة وكذلك الحذيا والحذية والحذوة كله العطية (قوله وان لحق بالجيش مدد) المدد الزيادة المتصلة وأمددنا القوم أي صرنا مددا لهم وقد ذكرنا السرية انها قطعة من الجيش قال القتيبي أصلها من السرى وهو سير الليل وكانت تخفي خروجها لئلا ينتشر الخبر فيكتب به العيون فيقال سرت سرية أي سرت ليلا وقال في البيان بل يختارهم الامير من السري وهو الجودة كأنه يختار خيار الخيل وابطال الرجال (قوله والمسلمون يد على من سواهم) قال الهروي يد للقوم هم يد على الآخرين أي هم قادرون عليهم ويحتمل أن يكون من الايد أي هي الجماعة يتناصرون عليه يد أي مجتمعون لا يسعهم التخاذل بل يعاون بعضهم بعضا على جميع أهل الاديان

و [illegible] (قوله يسعى بذمتهم أدناهم) [illegible] الأمان ويسمى [illegible] أعطى الأمان على ذمة وقال الجيش
في الفائق [illegible] على ان أدناهم أقربهم للدار من العدو

الجيش وأقام هومع الجيش فغنمت السرية لم يشاركها الجيش المقيم مع الامير لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث السرايا من المدينة فلم يشاركهم أهل المدينة فيما غنموا ولان الغنيمة للمجاهدين والجيش مقيم مع الامير ما جاهدوا فلم يشارك السرية فيما غنمت والله أعلم

﴿ باب قسم الخمس ﴾

ويقسم الخمس على خمسة أسهم سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل والدليل عليه قوله عز وجل واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل فاما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه يصرف في مصالح المسلمين والدليل عليه ماروى جبير بن مطعم رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من خيبر تناول بيده شيأ من الارض أو وبرة من بعيره وقال والذي نفسي بيده مالي مما أفاء الله الا الخمس والخمس مردود عليكم فجعله لجميع المسلمين ولا يمكن صرفه الى جميع المسلمين الا بان يصرف في مصالحهم وأهم المصالح سد الثغور لانه يحفظ به الاسلام والمسلمين ثم الاهم فالاهم

﴿فصل﴾ وأما سهم ذوي القربى فهو لمن ينتسب الى هاشم والمطلب ابني عبد مناف لما روى جبير بن مطعم رضي الله عنه قال لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب جئت أنا وعثمان فقلنا يارسول الله هؤلاء بنو هاشم لا تنكر فضلهم لمكانك الذي وصفك الله فيهم أرأيت اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وانما نحن واياهم منك بمنزلة واحدة قال انهم لم يفارقوني في جاهلية ولا اسلام وانما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعه ويسوى فيه بين الاغنياء والفقراء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى منه العباس وكان موسرا يقول عامة بني عبد المطلب ولانه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث ويشترك فيه الرجال والنساء لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لام الزبير في ذوي القربى ولانه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الذكر والانثى كالميراث ويجعل للذكر مثل حظ الانثيين وقال المزني وأبو ثور يسوى بين الذكر والانثى لانه مال يستحق باسم القرابة فلا يفضل الذكر فيه على الانثى كالمال المستحق بالوصية للقرابة وهذا خطأ لانه مال يستحق بقرابة الاب بالشرع ففضل الذكر فيه على الانثى كميراث ولد الاب ويدفع ذلك الى القاصي منهم والداني وقال أبو اسحق يدفع ما في كل اقليم الى من فيه منهم لانه يشق نقله من اقليم الى اقليم والمذهب الاول لان قوله عز وجل ولذي القربى عم ولم يخص ولانه حق مستحق بالقرابة فاستوى فيه القاصي والداني كالميراث

﴿فصل﴾ وأما سهم اليتامى فهو لكل صغير فقير لا أب له فاما من له أب فلا حق له فيه لان اليتيم هو الذي لا أب له وليس للبالغ فيه حق لانه لا يسمى بعد البلوغ يتيما والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وليس للغني فيه حق ومن أصحابنا من قال للغني فيه حق لان اليتيم هو الذي لا أب له غنيا كان أو فقيرا والمذهب الاول لان غناه بالمال أكثر من غناه بالاب فاذا لم يكن لمن له أب فيه حق فلأن لا يكون لمن له مال أولى

﴿فصل﴾ وأما سهم المساكين فهو لكل محتاج من الفقراء والمساكين لان الفقراء مساكين وقد بيناه في الزكاة

﴿فصل﴾ وأما سهم ابن السبيل فهو لكل مسافر أو مريد سفر في غير معصية وهو محتاج على ما ذكرناه في الزكاة

﴿فصل﴾ ولا يدفع شيء من الخمس الى كافر لانه عطية من الله تعالى فلم يكن للكافر فيها حق كالزكاة

(قوله سد الثغور) الثغر موضع المخافة وقال الازهري أصل الثغر الهدم والكسر يقال ثغرت الجدار اذا هدمته وقيل للموضع الذي تخاف منه العدو ثغر لانثلامه وامكان دخول العدو منه وقيل للنصيب سهم لانه يعلم عليه بالسلام (قوله فاخذ نبذة من الارض) النبذة الشيء اليسير يقال في رأسه نبذ من الشيب وأصاب الارض نبذ من مطر أي شيء يسير (قوله بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد) بالشين المعجمة وهو المثل وقد ذكر في الزكاة

ولانه مال مستحق على الكافر بكفره فلم يجز أن يستحقه الكافر وبالله التوفيق

﴿باب قسم الفيء﴾

الفيء هو المال الذى يؤخذ من الكفار من غير قتال وهو ضربان أحدهما ما انجلوا عنه خوفا من المسلمين أو بذلوه للكف عنهم فهذا يخمس و يصرف خمسه الى من يصرف اليه خمس الغنيمة والدليل عليه قوله عز وجل ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والثانى ما أخذ من غير خوف كالجزية وعشور تجاراتهم ومال من مات منهم فى دار الاسلام ولا وارث له ففى تخميسه قولان قال فى القديم لا يخمس لانه مال أخذ من غير خوف فلم يخمس كالمال المأخوذ بالبيع والشراء وقال فى الجديد يخمس وهو الصحيح للآية ولانه مال مأخوذ من الكفار بحق الكفر لا يختص به بعض المسلمين فوجب تخميسه كالمال الذى انجلوا عنه وأما أربعة أخماسه فقد كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى حياته والدليل عليه قوله عز وجل ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ولا ينتقل ما ملكه الى ورثته لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تقتسم ورثتى دينارا ولا درهما ما تركته بعد نفقة نسائى ومؤنة عاملى فانه صدقة وروى مالك بن أوس بن الحدثان رضى الله عنه عن عمر رضى الله عنه أنه قال لعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف أنشدكم بالله أيها الرهط هل سمعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا لا نورث ما تركنا صدقة ان الانبياء لا تورث فقال القوم بلى قد سمعناه ثم أقبل على على وعباس فقال أنشدكما بالله هل سمعتما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما تركناه صدقة ان الانبياء لا تورث فقالا نعم أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود واختلف قول الشافعى رضى الله عنه فيما يحصل من مال الفيء بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فى أحد القولين يصرف فى المصالح لانه مال راتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم فصرف بعد موته فى المصالح كخمس الخمس فعلى هذا يبدأ بالاهم وهو سد الثغور وأرزاق المقاتلة ثم الاهم فالاهم وقال فى القول الثانى هو للمقاتلة لان ذلك كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان فيه من حفظ الاسلام والمسلمين ولما كان له فى قلوب الكفار من الرعب وقد صار ذلك بعد موته فى المقاتلة فوجب أن يصرف اليهم

﴿فصل﴾ وينبغى للامام أن يضع ديوانا يثبت فيه أسماء المقاتلة وقدر أرزاقهم لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قدمت على عمر رضى الله عنه من عند أبى موسى الاشعرى بثمانمائة ألف درهم فلما صلى الصبح اجتمع اليه نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم قد جاء للناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الاسلام أشيروا على بمن أبدأ منهم فقالوا بك يا أمير المؤمنين انك ولى ذلك قال لا ولكن ابدأ برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الاقرب فالاقرب اليه فوضع الديوان على ذلك ويستحب أن يجعل على كل طائفة عريفا لان النبى صلى الله عليه وسلم جعل عام خيبر على كل عشرة عريفا ولان فى ذلك مصلحة وهو أن يقوم العريف بامورهم ويجمعهم فى وقت العطاء وفى وقت الغزو ويجعل العطاء فى كل عام مرة أو مرتين ولا يجعل فى كل شهر ولا فى كل أسبوع لان ذلك يشغلهم عن الجهاد

﴿فصل﴾ ويستحب أن يبدأ بقريش لقوله صلى الله عليه وسلم قدموا قريشا ولا تقدموها ولأن النبى صلى الله عليه وسلم منهم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن

(قوله انجلوا عنه) أى هربوا يقال جلا القوم عن منازلهم اذا هربوا قال الله تعالى ولولا أن كتب الله عليهم الجلاء (قوله ومؤنة عاملى أى) مؤنة خليفتى والعامل هو الذى يتولى أمور الرجل فى ماله وملكه وعمله ومنه قيل للذى يستخرج الزكاة عامل والذى يأخذه العامل من الاجرة يقال له عمالة بالضم له (قوله أنشدكم بالله) أى أسألكم بالله وأقسم عليكم (قوله فى قلوب الكفار من الرعب) أى الخوف يقال رعبته فهو مرعوب اذا أفزعته ولا يقال أرعبته ومنه الحديث نصرت بالرعب (قوله يضع ديوانا) أى كتابا يجمع فيه أسماء الجند وأصله دوان فعوض من أحد الواوين ياء لانه يجمع على دواوين ولو كانت الواو أصلية لقيل دياوين بل يقال دونت دواوين

(قوله لؤي) تصغير لأي وهو ثور الوحش سمي به الرجل (قوله قول ذي برود بن وحسب) البر فعل الخير والحسب كرم الآباء والاجداد (قوله يتاوهاشما) أي يتبعه في كرمه ونفره وسائر مناقبه (قوله حلف المطيبين وحلف

الفضول) هما حلفان كانا في الجاهلية من قريش وسموا المطيبين لأن عاتكة بنت عبد المطلب عملت لهم طيبا في جفنة وتركتها في الحجر فغمسوا أيديهم فيها وتحالفوا وقيل انهم مسحوا به الكعبة توكيدا على أنفسهم ولاي أمر تحالفوا قيل على منع الظالم ونصر المظلوم وقيل لان بني عبد الدار أرادت أخذ السقاية والرفادة من بني هاشم فتحالفوا على منعهم ونحر الآخرون جزورا وغمسوا أيديهم في الدم وقيل سموا المطيبين لانهم تحالفوا على أن ينفقوا ويطعموا الوفود من طيب أموالهم وفي حلف الفضول وجهان أحدهما انه اجتمع فيه رجال الفضل بن الحارث والفضل بن وداعة والفضل بن فضالة والفضول جمع الفضل قال الهروي يقال فضل وفضول كما يقال سعد وسعود وقال الواقدي هم قوم من جرهم تحالفوا يقال لهم فضل وفضال وفضالة فلما تحالفت قريش على مثله سموا حلف الفضول وقيل كان تحالفهم على أن لا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها ومن غيرهم الا قاموا معه وشأنه حتى تحالفوا على ان يعطوا من فضول أموالهم فسموا بذلك حلف الفضول وسمي حلف الفضول لانه ذلك طيب قريش (قوله توفر على الجهاد) أي كثرت رغبته وهمته فيه من الوفر وهو كثرة المال

كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة واختلف الناس في قريش فنهم من قال كل من ينتسب الى فهر بن مالك فهو من قريش ومنهم من قال كل من ينتسب الى النضر بن كنانة فهو من قريش و يقدم من قريش بني هاشم لانهم أقرب قبائل قريش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويضم اليهم بنو المطلب لان النبي صلى الله عليه وسلم قال انما بنو هاشم و بنو المطلب شيء واحد وشبك بين أصابعه وعن عمر رضي الله عنه أنه قال حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم فاذا كان السن في الهاشمي قدمه على المطلبي واذا كان في المطلبي قدمه على الهاشمي ثم يعطى بني عبد شمس و بني نوفل ابني عبد مناف ويقدم بني عبد شمس على بني نوفل لان عبد شمس أقرب اليه لانه أخو هاشم من أبيه وأمه ونوفل أخوه من أبيه وأنشد آدم بن عبد العزيز ابن عمر بن عبد العزيز

يا أمين الله اني قائل * قول ذي برودين وحسب
عبد شمس لاتهنها انما * عبد شمس عم عبد المطلب
عبد شمس كان يتاوهاشما * وهما بعد لام ولاب

ثم يعطى بني عبد العزى و بني عبد الدار و يقدم عبد العزى على عبد الدار لان فيهم أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فان خديجة بنت خويلد منهم ولان فيهم من حلف المطيبين وحلف الفضول وهما حلفان كانا من قوم من قريش اجتمعوا فيهما على نصر المظلوم ومنع الظالم وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال شهدت حلف الفضول ولو دعيت اليه لأجبت وعلى هذا يعطى الاقرب فالاقرب حتى تنقضي قريش فان استوى اثنان في القرب قدم أسنهما لما رويناه من حديث عمر في بني هاشم و بني المطلب فان استويا في السن قدم أقدمهما هجرة وسابقة فاذا انقضت قريش قدم الانصار على سائر العرب لما لهم من السابقة والآثار الجيدة في الاسلام ثم يقسم على سائر العرب ثم يعطى العجم ولا يقدم بعضهم على بعض الا بالسن والسابقة دون النسب

(فصل) ويقسم بينهم على قدر كفايتهم لانهم كفوا المسلمين أمر الجهاد فوجب أن يكفوا أمر النفقة ويتعاهد الامام في وقت العطاء عدد عيالهم لانه قد يزيد وينقص ويتعرف الاسعار وما يحتاجون اليه من الطعام والكسوة لانه قد يغلو ويرخص ليكون عطيتهم على قدر حاجتهم ولا يفضل من سبق الى الاسلام أو الى الهجرة على غيره لان الاستحقاق بالجهاد وقد تساووا في الجهاد فلم يفضل بعضهم على بعض كالغانمين في الغنيمة

(فصل) ولا يعطى من الفيء صبي ولا مجنون ولا عبد ولا امرأة ولا ضعيف لا يقدر على القتال لان الفيء للمجاهدين وليس هؤلاء من أهل الجهاد وان مرض مجاهد فان كان مرضا يرجى زواله أعطى لان الناس لا يخلون من عارض مرض وان كان مرضا لا يرجى زواله سقط حقه من الفيء لانه خرج عن أن يكون من المجاهدين وان مات المجاهد وله ولد صغير أو زوجة ففيه قولان أحدهما انه لا يعطى ولده ولا زوجته من الفيء شيئا لان ما كان يصل اليهم على سبيل التبع لمن يعولهما وقد زال الاصل فانقطع التبع والثاني انه يعطى الولد الى أن يبلغ وتعطى الزوجة الى أن تتزوج لان في ذلك مصلحة للمجاهدين لانه اذا علم انه يعطى عياله بعد موته توفر على الجهاد واذا علم انه لا يعطى شيئا اكتسب على عياله وقعد عن الجهاد فاذا قلنا بهذا فبلغ الولد فان كان لا يصلح للقتال كالاعمى والزمن أعطى بالكفاية كما كان

يعطى قبل البلوغ وان كان يصلح للقتال وأراد الجهاد فرض له وان لم يرد الجهاد لم يكن له فى الفىء حق لانه صار من أهل الكسب وان تزوجت الزوجة سقط حقها من الفىء لانها استغنت بالزوج وان دخل وقت العطاء فمات المجاهد انتقل حقه الى ورثته لانه مات بعد الاستحقاق فانتقل حقه الى الوارث

﴿فصل﴾ وان كان فى الفىء أراض كان خمسها لاهل الخمس فأما أربعة أخماسها فقد قال الشافعى رحمه الله تكون وقفا فمن أصحابنا من قال هذا على القول الذى يقول انه للمصالح فان المصلحة فى الاراضى أن تكون وقفا لانها تبقى فتصرف غلتها فى المصالح وأما اذا قلنا انها للمقاتلة فانه يجب قسمتها بين أهل الفىء لانها صارت لهم فوجبت قسمتها بينهم كاربعة أخماس الغنيمة ومن أصحابنا من قال تكون وقفا على القولين فان قلنا انها للمصالح صرفت غلتها فى المصالح وان قلنا انها للمقاتلة صرفت غلتها فى مصالحهم لان الاجتهاد فى مال الفىء الى الامام ولهذا يجوز أن يفضل بعضهم على بعض ويخالف الغنيمة فانه ليس للامام فيها اجتهاد ولهذا لا يجوز أن يفضل بعض الغانمين على بعض وبالله التوفيق

﴿باب الجزية﴾

لا يجوز أخذ الجزية ممن لا كتاب له ولا شبهة كتاب كعبدة الاوثان لقوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فخص أهل الكتاب بالجزية فدل على أنها لا تؤخذ من غيرهم ويجوز أخذها من أهل الكتابين وهم اليهود والنصارى للآية ويجوز أخذها ممن بدل منهم دينه لانه وان لم تكن لهم حرمة بانفسهم فلهم حرمة بآبائهم ويجوز أخذها من المجوس لما روى عبد الرحمن بن عوف أن النبى صلى الله عليه وسلم قال سنوا بهم سنة أهل الكتاب وروى أيضا عبد الرحمن بن عوف ان النبى صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر واختلف قول الشافعى رحمه الله هل كان لهم كتاب أم لا فقال فيه قولان أحدهما انه لم يكن لهم كتاب والدليل عليه قوله عز وجل وهذا كتاب أنزلناه مبارك فاتبعوه واتقوا لعلكم ترحمون أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وان كنا عن دراستهم لغافلين والثانى انه كان لهم كتاب والدليل عليه ما روى عن على كرم الله وجهه انه قال كان لهم علم يعلمونه وكتاب يدرسونه وان ملكهم سكر فوقع على ابنته أو أخته فاطلع عليه بعض أهل مملكته فجاؤا يقيمون عليه الحد فامتنع فرفع الكتاب من بين أظهرهم وذهب العلم من صدورهم

﴿فصل﴾ ومن دخل وثنى فى دين أهل الكتاب نظرت فان دخل قبل التبديل أخذت منه الجزية وعقدت له الذمة لانه دخل فى دين حق وان دخل بعد التبديل نظرت فان دخل فى دين من بدل لم تؤخذ منه الجزية ولم تعقد له الذمة لانه دخل فى دين باطل وان دخل فى دين من لم يبدل فان كان ذلك قبل النسخ بشريعة بعده أخذت منه الجزية لانه دخل فى دين حق وان كان بعد النسخ بشريعة بعده لم تؤخذ منه الجزية وقال المزنى رحمه الله تؤخذ منه ووجهه انه دخل فى دين يقر عليه أهله وهذا خطأ لانه دخل فى دين باطل فلم تؤخذ منه الجزية كالمسلم اذا ارتد وان دخل فى دينهم ولم يعلم انه دخل فى دين من بدل أو فى دين من لم يبدل كنصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب أخذت منهم الجزية لان عمر رضى الله عنه أخذ منهم الجزية باسم الصدقة ولانه أشكل أمره فحقن دمه بالجزية احتياطا للدم وأما من تمسك بالكتب التى أنزلت على شيث وابراهيم وداود ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انهم يقرون ببذل الجزية لانهم أهل كتاب فأقروا ببذل الجزية كاليهود والنصارى والثانى لا يقرون لان هذه الصحف كالاحكام التى نزل بها الوحى وأما السامرة والصابئون ففيهم وجهان أحدهما انه تؤخذ منهم الجزية والثانى لا تؤخذ وقد بيناهما فى كتاب النكاح وأما من كان أحد أبويه

وثـ

﴿ومن باب الجزية وعقد الذمة﴾

سميت جزية لانها قضاء عما عليهم مأخوذ من قولهم جزى يجزى اذا قضى قال الله تعالى لا تجزى نفس عن نفس شيأ أى لا تقضى ولا تعاين وفى الحديث انه قال لابى بردة ابن نيار فى الاضحية بالجذعة من المعز تجزئ عنك ولا تجزئ عن أحد بعدك والمجازى المتقاضى عند العرب وقيل الجزاء الغناء قال الشاعر

* متيم عندها لم يجز مكبول *

أى لم يفد ويدينون دين الحق أى يطيعون والدين الطاعة والانقياد (قوله سنوا بهم سنة أهل الكتاب) أى خذوهم على طريقهم أى أمنوهم وخذوا عنهم الجزية والسنة الطريق

وثنيا والآخر كتابيا فعلى ماذكرناه في النكاح وان دخل وثني في دين أهل الكتاب وله ابن صغير فجاء الاسلام وبلغ الابن واختار المقام على الدين الذى انتقل اليه أبوه أخذت منه الجزية لانه تبعه في الدين فأخذت منه الجزية وان غزا المسلمون قوما من الكفار لا يعرفون دينهم فادعوا انهم من أهل الكتاب أخذت منهم الجزية لانه لا يمكن معرفة دينهم الا من جهتهم فقبل قولهم وان أسلم منهم اثنان وعدلا وشهدا انهم من غير أهل الكتاب نبذ اليهم عهدهم لانه بان بطلان دعواهم

﴿فصل﴾ وأقل الجزية دينار لما روى معاذ بن جبل رضى الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرني أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافر يا وان التزم أكثر من دينار عقدت له الذمة أخذ باداته لانه عوض في عقد منع الشرع فيه من النقصان عن دينار وبقي الامر فيما زاد على مايقع عليه التراضي كالو وكل وكيلا في بيع سلعة وقال لا تبع بما دون دينار فان امتنع قوم من أداء الجزية باسم الجزية وقالوا نؤدي باسم الصدقة ورأى الامام أن يأخذ باسم الصدقة جاز لان نصارى العرب قالوا لعمر رضى الله عنه لا نؤدي ما تؤدي العجم ولكن خذ منا باسم الصدقة كما تأخذ من العرب فابى عمر رضى الله عنه وقال لا أقركم الا بالجزية فقالوا خذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين فابى عليهم فارادوا اللحاق بدار الحرب فقال زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة لعمر ان بني تغلب عرب وفيهم قوة فخذ منهم ما قد بذلوا ولا تدعهم أن يلحقوا بعدوك فصالحهم على ان يضعف عليهم الصدقة وان كان ما يؤخذ منهم باسم الصدقة لا يبلغ الدينار وجب اتمام الدينار لان الجزية لا تكون أقل من دينار وان أضعف عليهم الصدقة فبلغت دينارين فقالوا أسقط عنا دينارا وخذ منا دينارا باسم الجزية وجب أخذ الدينار لان الزيادة وجبت لتغيير الاسم فاذا رضوا بالاسم وجب اسقاط الزيادة

﴿فصل﴾ والمستحب أن يجعل الجزية على ثلاث طبقات فيجعل على الفقير المعتمل دينارا وعلى المتوسط دينارين وعلى الغني أربعة دنانير لان عمر رضى الله عنه بعث عثمان بن حنيف الى الكوفة فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثنى عشر ولان بذلك يخرج من الخلاف لان أبا حنيفة لا يجيز الا كذلك

﴿فصل﴾ ويجوز أن يضرب الجزية على مواشيهم وعلى ما يخرج من الارض من ثمر أو زرع فان كان لا يبلغ ما يضرب على الماشية وما يخرج من الارض دينارا لم يجز لان الجزية لا تجوز أن تنقص عن دينار وان شرط انه ان نقص عن دينار تمم الدينار جاز لانه يتحقق حصول الدينار وان غلب على الظن انه يبلغ الدينار ولم يشترط انه لو نقص الدينار تمم الدينار ففيه وجهان أحدهما انه لا يجوز لانه قد ينقص عن الدينار والثاني انه يجوز لان الغالب في الثمار انها لا تختلف وان ضرب الجزية على ما يخرج من الارض فباع الارض من مسلم صح البيع لانه مال له وينتقل ما ضرب عليها الى الرقبة لانه لا يمكن أخذ ما ضرب عليها من المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخرج ولانه جزية فلا يجوز أخذها من المسلم ولا يجوز اقرار الكافر على الكفر من غير جزية فتنتقل الى الرقبة

﴿فصل﴾ وتجب الجزية في آخر الحول لان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم في كل سنة دينار وروى أبو مجلز ان عثمان بن حنيف وضع على رؤس كل رجل أربعة وعشرين في كل سنة فان مات أو أسلم بعد الحول لم تسقط ما وجب لانه عوض عن حقن الدم والمساكنة وقد استوفى ذلك فاستقر عليه العوض كالأجرة بعد انقضاء المدة وان مات أو أسلم في أثناء الحول ففيه قولان أحدهما انه لا يلزمه شيء لانه مال يتعلق وجوبه بالحول فسقط بموته في أثناء الحول كالزكاة والثاني وهو الصحيح انه يلزمه من الجزية بقسط ما مضى لانها تجب عوضا عن الحقن

(قوله نبذ اليهم عهدهم) أي رمى به والنبذ الرمي

والمساكنة وقد استوفى البعض فوجب عليه بحصته كما لو استأجر عينا مدة واستوفى المنفعة في بعضها ثم هلكت العين

(فصل) ويجوز أن يشترط عليهم في الجزية ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أكيدر دومة من نصارى ايلة على ثلثمائة دينار وكانوا ثلثمائة رجل وان يضيفوا من يمر بهم من المسلمين وروى عبد الرحمن بن غنم قال كتبت لعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين صالح نصارى أهل الشام بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب لعبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين من نصارى مدينة كذا انكم لما قدمتم علينا سألنا كم الامان لانفسنا وذرارينا وأموالنا وشرطنا لكم أن ننزل من يمر بنا من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم ولا يشرط ذلك عليهم الا برضاهم لانه ليس من الجزية ويشترط عليهم الضيافة بعد الدينار لحديث أكيدر دومة لانه اذا جعل الضيافة من الدينار لم يؤمن أن لا يحصل من بعد الضيافة مقدار الدينار ولا تشترط الضيافة الا على غني أو متوسط وأما الفقير فلا تشترط عليه وان وجبت عليه الجزية لان الضيافة تتكرر فلا يمكنه القيام بها وتجب أن تكون أيام الضيافة من السنة معلومة وعدد من يضاف من الفرسان والرجالة وقدر الطعام والادم والعلوفة معلوما ولانه من الجزية فلم يجز مع الجهل بها ولا يكلفون الا من طعامهم وادامهم لما روى أسلم ان أهل الجزية من أهل الشام أتوا عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالوا ان المسلمين اذا مروا بنا كلفونا ذبح الغنم والدجاج في ضيافتهم فقال أطعموهم مما تأكلون ولا تزيدوهم على ذلك ويقسط ذلك على قدر جزيتهم ولا تزاد أيام الضيافة على ثلاثة أيام لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الضيافة ثلاثة أيام وعليهم أن يسكنوهم في فضول مساكنهم وكنائسهم لما روى عبد الرحمن بن غنم في الكتاب الذي كتب على نصارى الشام وشرطنا أن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين من ليل ونهار وأن نوسع أبوابها للمارة وأبناء السبيل فان كثروا وضاق المكان قدم من سبق فاذا جاؤا في وقت واحد اقرع بينهم لتساويهم وان لم تسعهم هذه المواضع نزلوا في فضول بيوت الفقراء من غير ضيافة

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من صبي لحديث معاذ قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافر ولان الجزية تجب لحقن الدم والصبي محقون الدم وان بلغ صبي من أولاد أهل الذمة فهو في أمان لانه كان في الامان فلا يخرج منه من غير عناد فان اختار أن يكون في الذمة ففيه وجهان أحدهما يستأنف له عقد الذمة لان العقد الاول كان للاب دونه فعلى هذا جزيته على ما يقع عليه التراضي والثاني لا يحتاج الى استئناف عقد لانه تبع الاب في الامان فتبعه في الذمة فعلى هذا يلزمه جزية أبيه وجده من الاب ولا تلزمه جزية جده من الأم لانه لا جزية على الأم فلا يلزمه جزية أبيها

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من مجنون لانه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالصبي وان كان يجن يوما ويفيق يوما لفق أيام الافاقة فاذا بلغ قدر سنة أخذت منه الجزية لانه ليس تغليب أحد الامرين بأولى من الآخر فوجب التلفيق وان كان عاقلا في أول الحول ثم جن في أثنائه وأطبق الجنون ففي جزية ما مضى من أول الحول قولان كالقسمين فيمن مات أو أسلم في أثناء الحول

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من امرأة لما روى أسلم أن عمر رضي الله عنه كتب الى أمراء الجزية أن لا تضربوا الجزية على النساء ولا تضربوها الا على من جرت عليه المواسي ولانها محقونة الدم فلم تؤخذ منها الجزية كالصبي ولا تؤخذ من خنثى مشكل لجواز أن يكون امرأة وان طلبت امرأة من دار الحرب أن تعقد لها الذمة وتقيم في دار الاسلام من غير جزية جاز لانه لا جزية عليها ولكن يشترط عليها

(قوله دومة الجندل) اسم حصن وأصحاب اللغة يقولون بضم الدال وأصحاب الحديث يفتحونها قال ذلك الجوهري وقد أخطأ من همزها (قوله ولأدم والعلوفة) وهي عنف الدواب بضم العين فأما العلوفة بالفتح فهي الناقة والشاة يعلفها ولا يرسلها ترعى وكذا العليفة (قوله أو عدله معافر) العدل بالكسر المثل المساوي للشيء ومنه عدل الحمل قال ابن الانباري العدل بالكسر ما عادل الشيء من جنسه والعدل بالفتح ما عادله من غير جنسه قال البصريون العدل والعدل لغتان وهما المثل والمعافر البرود تنسب الى معافر باليمن وهم حي من همدان أي تنسب اليهم الثياب المعافرية

أن تجرى عليها أحكام الاسلام وان نزل المسلمون على حصن فيه نساء بلا رجال فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان أحدهما انه لا يعقد لهن لان دماءهن محقونة فعلى هذا يقيمون حتى يفتحوا الحصن ويسترقوهن والثانى انه يجوز أن يعقد لهن الذمة وتجرى عليهن أحكام المسلمين كما قلنا فى الحربية اذا طلبت عقد الذمة فعلى هذا لا يجوز سبيهن وما بذلن من الجزية كالهدية وان دفعن أخذ منهن وان امتنعن لم يخرجن من الذمة

﴿فصل﴾ ولا يؤخذ من العبد ولا من السيد بسببه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لا جزية على مملوك ولانه لا يقتل بالكفر فلم تؤخذ منه الجزية كالصبى والمرأة ولا تؤخذ ممن نصفه حر ونصفه عبد لانه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالعبد ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر انه يؤخذ منه بقدر ما فيه من الجزية لانه يملك المال بقدر ما فيه من الحرية وان أعتق العبد نظرت فان كان المعتق مسلما عقدت له الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية وان كان ذميا ففيه وجهان أحدهما انه يستأنف له عقد الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية لان عقد المولى كان له دون العبد والثانى يلزمه جزية المولى لانه تبعه فى الامان فلزمه جزيته

﴿فصل﴾ وفى الراهب والشيخ الفانى قولان بناء على القولين فى قتلهما فان قلنا يجوز قتلهما أخذت منهما الجزية ليحقن بها دمهما وان قلنا انه لا يجوز قتلهما لم تؤخذ منهما لان دمهما محقون فلم تؤخذ منهما الجزية كالصبى والمرأة وفى الفقير الذى لا كسب له قولان احدهما انه لا تجب عليه الجزية لان عمر رضى الله عنه جعل أهل الجزية طبقات وجعل أدناهم الفقير المعتمل فدل على انها لا تجب على غير المعتمل ولانه اذا لم يجب خراج الارض فى أرض لا نبات لها لم يجب خراج الرقاب فى رقبة لا كسب لها فعلى هذا يكون مع الاغنياء فى عقد الذمة فاذا أيسر استؤنف الحول والثانى انها تجب عليه لانها تجب على سبيل العوض فاستوى فيه المعتمل وغير المعتمل كالثمن والاجرة ولان المعتمل وغير المعتمل يستويان فى القتل بالكفر فاستويا فى الجزية فعلى هذا ينظر الى الميسرة فاذا أيسر طولب بجزية ما مضى ومن أصحابنا من قال لا ينظر لانه يقدر على حقن الدم بالاسلام فلم ينظر كما لا ينظر من وجبت عليه كفارة ولا يجد رقبة وهو يقدر على الصوم فعلى هذا يقول له ان توصلت الى اداء الجزية خليناك وان لم تفعل نبذنا اليك العهد

﴿فصل﴾ ويثبت الامام عدد أهل الذمة وأسماءهم ويحليهم بالصفات التى لا تتغير بالايام فيقول طويل وقصير أو ربعة أو أبيض أو أسود أو أسمر أو أشقر أدعج العينين مقرون الحاجبين أقنى الانف ويكتب ما يؤخذ من كل واحد منهم ويجعل على كل طائفة عريفا يجمعهم عند أخذ الجزية ويكتب من يدخل معهم فى الجزية ببلوغ ومن يخرج منهم بموت أو اسلام ويؤخذ منهم الجزية برفق كما تؤخذ الديون ولا يؤذيهم فى أخذها بقول ولا فعل لانه عوض فى عقد فلم يؤذهم فى أخذه بقول ولا فعل كأجرة الدار ومن قبض منه جزية كتبت له براءة لتكون حجة له اذا احتاج اليها

﴿فصل﴾ وان مات الامام أو عزل وولى غيره ولم يعرف مقدار ما عليهم من الجزية رجع اليهم فى ذلك لانه لا يمكن معرفته الا من جهتهم ويحلفهم استظهارا ولا يجب لان ما يدعونه [illegible] فان قال بعضهم [illegible] وقال بعضهم [illegible] أخذ من كل واحد [illegible]
[illegible] مقبول ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض [illegible]
[illegible]
[illegible]

(قوله الفقير المعتمل) يقال اعتمل اضطرب فى العمل قال

ان الكريم وأبيك يعتمل
ان لم يجد يوما على من تتكل

(قوله أدعج العينين) الدعج شدة سواد المقلة وشدة بياض بياضها (قوله مقرون الحاجبين) هو التقاء طرفيهما وهو مذموم وضده البلج وهو أن ينقطعا حتى يكون ما بينهما نقيا من الشعر وهو محمود والقنا احديداب الانف مع ارتفاع قصبته (قوله تضرب الجزية) أى تجعل عليها ضريبة تؤدى كل سنة مثل ضريبة العبد وهى غلته (قوله ويحلف استظهارا) مأخوذ من الظهور وهو الظاهر الذى لا خفاء به والاستظهار الاخذ بالحزم واليقين وأصله عند العرب ان الرجل اذا سافر أخذ مع بعيره بعيرا آخر خوف أن يعيا بعيره فيركب الآخر والبعير هو الظهر ذكره الهروى

مسلم وادعى أنه أسلم في أول ما غاب ففيه قولان أحدهما أنه لا يقبل قوله ويطالب بجزية ما مضى في غيبته في حال الكفر لأن الأصل بقاؤه على الكفر والثاني أنه يقبل لأن الأصل براءة الذمة من الجزية

﴿ باب عقد الذمة ﴾

لا يصح عقد الذمة إلا من الإمام أو ممن فوض إليه الإمام لأنه من المصالح العظام فكان إلى الإمام ومن طلب عقد الذمة وهو ممن يجوز إقراره على الكفر بالجزية وجب العقد له لقوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق ثم قال حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فدل على أنهم إذا أعطوا الجزية وجب الكف عنهم وروى بريدة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث أميرا على جيش قال إذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم إلى الدخول في الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم وإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم ولا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين بذل الجزية والتزام أحكام المسلمين في حقوق الآدميين في العقود والمعاملات وغرامات المتلفات فإن عقد على غير هذين الشرطين لم يصح العقد والدليل عليه قوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والصغار هو أن تجري عليهم أحكام المسلمين ولا فرق بين الخيابرة وغيرهم في الجزية والذي يدعيه الخيابرة أن معهم كتابا من علي بن أبي طالب كرم الله وجهه بالبراءة من الجزية لا أصل له ولم يذكره أحد من علماء الإسلام وأخبار أهل الذمة لا تقبل وشهادتهم لا تسمع

﴿فصل﴾ وإن كان أهل الذمة في دار الإسلام أخذوا بلبس الغيار وشد الزنار والغيار أن يكون فيما يظهر من ثيابهم ثوب يخالف لونه لون ثيابهم كالأزرق والأصفر ونحوهما والزنار أن يشدوا في أوساطهم خيطا غليظا فوق الثياب وإن لبسوا القلانس جعلوا فيها خرقا ليتميزوا عن قلانس المسلمين لما روى عبد الرحمن بن غنم في الكتاب الذي كتبه عمر حين صالح نصارى الشام فشرطنا أن لا نتشبه بهم في شيء من لباسهم من قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر وأن نشد الزنانير في أوساطنا ولأن الله عز وجل أعز الإسلام وأهله وندب إلى إعزاز أهله وأذل الشرك وأهله وندب إلى إذلال أهله والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال بعثت بين يدي الساعة بالسيف حتى يعبد الله ولا يشرك به شيء وجعل الصغار والذل على من خالف أمري فوجب أن يتميزوا عن المسلمين ليستعمل مع كل واحد منهم ما ندب إليه وإن شرط عليهم الجمع بين الغيار والزنار أخذوا بهما وإن شرط أحدهما أخذوا به لأن التمييز يحصل بأحدهما ويجعل في أعناقهم خاتم ليتميزوا به عن المسلمين في الحمام وفي الأحوال التي يتجردون فيها عن الثياب ويكون ذلك من حديد أو رصاص أو نحوهما ولا يكون من ذهب أو فضة لأن في ذلك تعظيما لهم وإن كان لهم شعر أمروا بجز النواصي ومنعوا من إرسالها كما تصنع الأشراف والأخيار [illegible] لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر على نصارى الشام شرطنا أن نجز مقادم رؤوسنا ولا يمنعون من لبس العمائم والطيلسان لأن التمييز يحصل بالغيار والزنار وهل يمنعون من لبس الديباج فيه وجهان أحدهما يمنعون لما فيه من التجبر والتفخيم والتعظيم والثاني لا يمنعون كما لا يمنعون من لبس المرتفع من القطن والكتان وتؤخذ نساؤهم بالغيار والزنار لما روي أن عمر كتب إلى الآفاق أن مروا نساء أهل الأديان أن يعقدن زنانيرهن تحت [illegible] فوق [illegible] تنكشف رؤوسهن و[illegible] ويجعلن [illegible]

(قوله لا تضعوا الجزية) وفي بعضها لا تضربوا ومعناه لا تلزموهم ولا تجعلوها ضريبة والمعتمل قد يكون المكتسب بالعمل من الصناعة وغيرها (قوله عن يد) أي عن قهر وقد تقدم ذكره (قوله وأخذوا بالغيار) بالفتح وهو الاسم وأما الغيار بالكسر فهو المصدر كالفخر والفخار وقال الصغاني في تكملته الغيار بالكسر علامة أهل الذمة كالزنار وعلامة المجوس جعله اسما كالشعار والدثار (قوله ويمنعون من لبس الطيلسان) هو الرداء يشتمل به الرجل على كتفيه ورأسه وظهره وقد يكون مقورا

الخفين من لونين ليتميزن عن النساء المسلمات ويمنعون من ركوب الخيل لما روى فى حديث عبد الرحمن بن غنم شرطنا أن لانتشبه بالمسلمين فى مراكبهم وان ركبوا الحمير والبغال ركبوها على الاكف دون السروج ولا يتقلدون السيوف ولا يحملون السلاح لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر ولانركب بالسروج ولا نتقلد بالسيوف ولا نتخذ شيأ من السلاح ولانحمله ويركبون عرضا من جانب واحد لما روى ابن عمر ان عمر كان يكتب الى عماله يأمرهم أن يجعل أهل الكتاب المناطق فى أوساطهم وأن يركبوا الدواب عرضا على شق

﴿فصل﴾ ولا يبدؤن بالسلام ويلجؤن الى أضيق الطرق لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا لقيتم المشركين فى طريق فلا تبدؤهم بالسلام واضطروهم الى أضيقها ولا يصدرون فى المجالس لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر وأن نوقر المسلمين ونقوم لهم من مجالسنا اذا أرادوا الجلوس ولان فى تصديرهم فى المجالس اعزازا لهم وتسوية بينهم وبين المسلمين فى الاكرام فلم يجز ذلك

﴿فصل﴾ ويمنعون من احداث بناء يعلو بناء جيرانهم من المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى وهل يمنعون من مساواتهم فى البناء فيه وجهان أحدهما انهم لايمنعون لانه يؤمن أن يشرف المشرك على المسلم والثانى انهم يمنعون لان القصد أن يعلو الاسلام ولا يحصل ذلك مع المساواة وان ملكوا دارا عالية أقر واعليها وان كانت أعلى من دور جيرانهم لانه ملكها على هذه الصفة وهل يمنعون من الاستعلاء فى غير محلة المسلمين فيه وجهان أحدهما انهم لا يمنعون لانه يؤمن مع البعد أن يعلوا على المسلمين والثانى انهم يمنعون فى جميع البلاد لانهم يتطاولون على المسلمين

﴿فصل﴾ ويمنعون من اظهار الخمر والخنزير وضرب النواقيس والجهر بالتوراة والانجيل واظهار الصليب واظهار أعيادهم ورفع الصوت على موتاهم لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر رضى الله عنه على نصارى الشام شرطنا أن لا نبيع الخمور ولا نظهر صلبانتا ولا كتبنا فى شئ من طرق المسلمين ولا أسواقهم ولا نضرب نواقيسنا الا ضربا خفيا ولا نرفع أصواتنا بالقراءة فى كنائسنا فى شئ من حضرة المسلمين ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا ولا نرفع أصواتنا على موتانا

﴿فصل﴾ ويمنعون من احداث الكنائس والبيع والصوامع فى بلاد المسلمين لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه كنيسة وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر على نصارى الشام انكم لما قدمتم علينا شرطنا لكم على أنفسنا أن لا نحدث فى مدائننا ولا فيما حولها ديرا ولا قلاية ولا كنيسة ولا صومعة راهب وهل يجوز اقرارهم على ما كان منها قبل الفتح ينظر فيه فان كان فى بلد فتح صلحا واستثنى فيه الكنائس والبيع جاز اقرارها لانه اذا جاز أن يصالحوا على أن لنا نصف البلد جاز أن يصالحوا على أن لنا البلد الا الكنائس والبيع وان كان فى بلد فتح عنوة أو فتح صلحا ولم تستثن الكنائس والبيع ففيه وجهان أحدهما أنه لايجوز كما لايجوز اقرارهم [illegible] بعد الفتح والثانى أنه يجوز لانه لما جاز اقرارهم على ما كانوا عليه من الكفر جاز اقرارهم على [illegible] فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى على بن أبى هريرة أنه لايجوز [illegible] سمعت عمر [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] ولانجدد [illegible] وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر [illegible] خرب منها [illegible] كنيسة فى دار الاسلام [illegible] والثانى أنه يجوز [illegible]

(قوله ركبوها على الاكف) هو جمع اكاف آلة تجعل على الحمار يركب عليها بمنزلة السرج قال كالبرذون المشدود بالاكف يقال اكاف ووكاف ويلجؤن الى أضيق الطريق أى يضطرون يقال ألجأته الى الشئ اضطررته اليه (قوله ولا يصدرون فى المجالس) أى لا يجعلون صدورا وهم السادة الذين يصدر عن أمرهم ونهيهم (قوله ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا) قال الزمخشرى والخطابى الشعانين عيدهم الأول قبل فصحهم بأسبوع يخرجون بصلبانهم والباعوث بالعين المهملة والثاء المثلثة استسقاؤهم يخرجون بصلبانهم الى الصحراء يستسقون قال وروى ولا باعوثا وجدته مضبوطا بالعين والغين والثاء ثلاث فيهما وأظن [illegible] خطأ تصحيف فان [illegible] عيد لهم صولحوا على أن لا يظهروه بين المسلمين فيه [illegible] (قوله ديرا ولا قلاية) قال الخطابى الدير والقلاية متعبدات لهم تشبه الصومعة وروى فيه وروى تحتيف بياء معجمة باثنتين من تحتها

جاز تشييد ما تشعب منها وجاز اعادة ما انهدم وان عقدت الذمة لهم في بلد لهم ينفردون به لم يمنعوا من احداث الكنائس والبيع والصوامع ولا من اعادة ما خرب منها ولا يمنعون من اظهار الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس والجهر بالتوراة والانجيل واظهار ما لهم من الاعياد ولا يؤخذون بلبس الغيار وشد الزنانير لانهم في دارهم فلم يمنعوا من اظهار دينهم فيه

﴿فصل﴾ ويجب على الامام الذب عنهم ومنع من يقصدهم من المسلمين والكفار واستنقاذ من أسر منهم واسترجاع ما أخذ من أموالهم سواء كانوا مع المسلمين أو كانوا منفردين عنهم في بلد لهم لأنهم بذلوا الجزية لحفظهم وحفظ أموالهم فان لم يدفع عنهم حتى مضى حول لم تجب الجزية عليهم لأن الجزية للحفظ وذلك لم يوجد فلم يجب ما في مقابلته كما لا تجب الاجرة اذا لم يوجد التمكين من المنفعة وان أخذ منهم خمر أو خنزير لم يجب استرجاعه لأنه يحرم ولا يجوز اقتناؤه في الشرع فلم تجب المطالبة به

﴿فصل﴾ وان عقدت الذمة بشرط أن لا يمنع عنهم أهل الحرب نظرت فان كانوا مع المسلمين أو في موضع اذا قصدهم أهل الحرب كان طريقهم على المسلمين لم يصح العقد لانه عقد على تمكين الكفار من المسلمين فلم يصح وان كانوا منفردين عن المسلمين في موضع ليس لأهل الحرب طريق على المسلمين صح العقد لأنه ليس فيه تمكين الكفار من المسلمين وهل يكره هذا الشرط قال الشافعي رضي الله عنه في موضع يكره وقال في موضع لا يكره وليست المسئلة على قولين وانما هي على اختلاف حالين فالموضع الذي قال يكره اذا طلب الامام الشرط لأن فيه اظهار ضعف المسلمين والموضع الذي قال لا يكره اذا طلب أهل الذمة الشرط لأنه ليس فيه اظهار ضعف المسلمين وان أغار أهل الحرب على أهل الذمة وأخذوا أموالهم ثم ظفر الامام بهم واسترجع ما أخذوه من أهل الذمة وجب على الامام رده عليهم وان أتلفوا أموالهم أو قتلوا منهم لم يضمنوا لانهم لم يلتزموا أحكام المسلمين وان أغار من بيننا وبينهم هدنة على أهل الذمة وأخذوا أموالهم وظفر بهم الامام واسترجع ما أخذوه وجب رده على أهل الذمة وان أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم وجب عليهم الضمان لانهم التزموا بالهدنة حقوق الآدميين وان نقضوا العهد وامتنعوا في ناحية ثم أغاروا على أهل الذمة وأتلفوا عليهم أموالهم وقتلوا منهم ففيه قولان أحدهما انه يجب عليهم الضمان والثاني لا يجب كالقولين فيما يتلف أهل الردة اذا امتنعوا وأتلفوا على المسلمين أموالهم أو قتلوا منهم

﴿فصل﴾ وان تحاكم مشركان الى حاكم المسلمين نظرت فان كانا معاهدين فهو بالخيار بين أن يحكم بينهم وبين أن لا يحكم لقوله عز وجل فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ولا يختلف أهل العلم أن هذه الآية نزلت فيمن وادعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة قبل فرض الجزية وان حكم بينهما لم يلزمهما حكمه وان دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور وان كانا ذميين نظرت فان كانا على دين واحد ففيه قولان أحدهما انه بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم لأنهما كافران فلا يلزمه الحكم بينهما كالمعاهدين وان حكم بينهما لم يلزمهما حكمه وان دعا أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور والقول الثاني انه يلزمه الحكم بينهما وهو اختيار المزني لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولأنه يلزمه دفع ما قصد كل واحد منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين وان حكم بينهما لزمهما حكمه وان دعا أحدهما ليحكم بينهما لزمه الحضور وان كانا على دينين كاليهودي والنصراني ففيه طريقان أحدهما انه على القولين كالقسم قبله لأنهما كافران فصارا كما لو كانا على دين واحد والثاني قول أبي علي بن أبي هريرة انه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأنهما اذا كانا على دين واحد فلم يحكم بينهما تحاكما الى رئيسهما فيحكم بينهما واذا كانا على دينين لم يرض كل واحد منهما رئيس الآخر فيضيع الحق

(قوله ويجب الذب عنهم) هو المنع والدفع عنهم لمن يريد ظلمهم وهلاكهم

واختلف أصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان في حقوق الآدميين وفي حقوق الله تعالى ومنهم من قال القولان في حقوق الآدميين وأما حقوق الله تعالى فانه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأن لحقوق الآدميين من يطالب بها و يتوصل الى استيفائها فلا تضيع بترك الحكم بينهما وليس لحقوق الله تعالى من يطالب بها فاذا لم يحكم بينهما ضاعت ومنهم من قال القولان في حقوق الله تعالى فأما في حقوق الآدميين فانه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأنه اذا لم يحكم بينهما في حقوق الآدميين ضاع حقه واستضر ولا يوجد ذلك في حقوق الله تعالى فان تحاكم اليه ذمي ومعاهد ففيه قولان كالذميين وان تحاكم اليه مسلم وذمي أو مسلم ومعاهد لزمه الحكم بينهما قولا واحدا لانه يلزمه دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر فلزمه الحكم بينهما ولا يحكم بينهما الا بحكم الاسلام لقوله تعالى وان احكم بينهم بما أنزل الله ولقوله تعالى وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط وان تحاكم اليه رجل وامرأة في نكاح فان كانا على نكاح لو أسلما عليه لم يجز اقرارهما عليه كنكاح ذوات المحارم حكم بابطاله وان كانا على نكاح لو أسلما عليه جاز اقرارهما عليه حكم بصحته لان أنكحة الكفار محكوم بصحتها والدليل عليه قوله تعالى وقالت امرأة فرعون فأضاف الى فرعون زوجته وقوله تعالى وامرأته حمالة الحطب فأضاف الى أبي لهب زوجته ولانه أسلم خلق كثير على أنكحة في الكفر فأقروا على أنكحتهم فان طلقها أو آلى منها أو ظاهر منها حكم في الجميع بحكم الاسلام

(فصل) وان تزوجها على مهر فاسد وسلم اليها بحكم حاكمهم ثم ترافعا الينا ففيه قولان أحدهما يقرون عليه لانه مهر مقبوض فاقرا عليه كما لو أقبضها من غير حكم والثاني أنه يجب لها مهر المثل لانها قبضت عن اكراه بغير حق فصار كما لو لم تقبض

(فصل) ومن أتى من أهل الذمة محرما يوجب عقوبة نظرت فان كان ذلك محرما في دينه كالقتل والزنا والسرقة والقذف وجب عليه ما يجب على المسلم والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه ان يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بيهوديين قد فجرا بعد احصانهما فأمر بهما فرجما ولانه محرم في دينه وقد التزم حكم الاسلام بعقد الذمة فوجب عليه ما يجب على المسلم وان كان يعتقد اباحته كشرب الخمر لم يجب عليه الحد لانه لا يعتقد تحريمه فلم يجب عليه عقوبة كالكفر فان تظاهر به عزر لانه اظهار منكر في دار الاسلام فعزر عليه

(فصل) اذا امتنع الذمي من التزام الجزية أو امتنع من التزام أحكام المسلمين انتقض عهده لان عقد الذمة لا ينعقد الا بهما فلم يبق دونهما وان قاتل المسلمين انتقض عهده سواء شرط عليه تركه في العقد أو لم يشترط لان مقتضى عقد الذمة الامان من الجانبين والقتال ينافي الامان فانتقض به العهد وان فعل ما سوى ذلك نظرت فان كان مما فيه ضرر بالمسلمين فقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى ستة أشياء وهو أن يزني بمسلمة أو يصيبها باسم نكاح أو يفتن مسلما عن دينه أو يقطع عليه الطريق أو يؤوي عينا لهم أو يدل على عورتهم و[illegible] [illegible] فان شرط [illegible] في العقد ينتقض عهده [illegible] [illegible] [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

لشرطها تأثير ولا تأثير الاما ذكرناه من نقض العهد فان ذكر الله عز وجل أو كتابه أو ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم أو دينه بما لا ينبغي فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق حكمه حكم الثلاثة الاولى وهي الامتناع من التزام الجزية والتزام أحكام المسلمين والاجتماع على قتالهم وقال عامة أصحابنا حكمه حكم مافيه ضرر بالمسلمين وهي الاشياء السبعة ان لم يشترط في العقد الكف عنه لم ينقض العهد وان شرط الكف عنه فعلى الوجهين لان في ذلك اضرارا بالمسلمين لما يدخل عليهم من العار فالحق بما ذكرناه مما فيه اضرار بالمسلمين ومن أصحابنا من قال من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب قتله لما روى أن رجلا قال لعبد الله بن عمر سمعت راهبا يشتم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطه الامان على هذا وان أظهر من منكر دينهم مالا ضرر فيه على المسلمين كالخمر والخنزير وضرب الناقوس والجهر بالتوراة والانجيل وترك الغيار لم ينتقض العهد شرط أولم يشرط واختلف أصحابنا في تعليله فمنهم من قال لا ينتقض العهد لانه اظهار مالا ضرر فيه على المسلمين ومنهم من قال لا ينتقض لانه اظهار مايتدينون به واذا فعل ماينتقض به العهد ففيه قولان أحدهما انه يرد الى مأمنه لانه حصل في دار الاسلام بامان فلم يجز قتله قبل الرد الى مأمنه كما لو دخل دار الاسلام بامان صبي والثاني وهو الصحيح انه لا يجب رده الى مأمنه لان أبا عبيدة بن الجراح قتل النصراني الذي استكره المسلمة على الزنا ولم يرده الى مأمنه ولانه مشرك لا أمان له فلم يجب رده الى مأمنه كالاسير ويخالف من دخل بامان الصبي لان ذلك غير مفرط لانه اعتقد صحة عقد الامان فرد الى مامنه وهذا مفرط لانه نقض العهد فلم يرد الى مأمنه فعلى هذا يختار الامام مايراه من القتل والاسترقاق والمن والفداء كما قلنا في الاسير

﴿فصل﴾ ولا يمكن مشرك من الاقامة في الحجاز قال الشافعي رحمه الله هي مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها قال الاصمعي سمي حجازا لانه حاجز بين تهامة ونجد والدليل عليه ماروى ابن عباس رضي الله عنه قال اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه فقال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وأراد الحجاز والدليل عليه ماروى أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قال آخر ماتكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجوا اليهود من الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب وروى ابن عمر أن عمر رضي الله عنه أجلى اليهود والنصارى من الحجاز ولم ينقل أن أحدا من الخلفاء أجلى من كان باليمن من أهل الذمة وان كانت من جزيرة العرب فان جزيرة العرب في قول الاصمعي من أقصى عدن الى ريف العراق في الطول ومن جدة وما والاها من ساحل البحر الى أطراف الشام في العرض وفي قول أبي عبيدة مابين حفر أبي موسى الاشعري الى أقصى اليمن في الطول ومابين الهبرين الى السماوة في العرض قال يعقوب حفر أبي موسى على منازل من البصرة من طريق مكة على خمسة أو ستة منازل وأما نجران فليست من الحجاز ولكن صالحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان لا يأكلوا الربا فأكلوه ونقضوا العهد فأمر باجلائهم فأجلاهم عمر ويجوز تمكينهم من دخول الحجاز لغير الاقامة لان عمر رضي الله عنه أذن لمن دخل منهم تاجرا في مقام ثلاثة أيام ولا يمكنون من الدخول بغير اذن الامام لان دخولهم انما أجيز لحاجة المسلمين فوقف على رأي الامام فان استأذن في الدخول فان كان للمسلمين فيه منفعة بدخوله لحمل ميرة أو أداء رسالة أو عقد ذمة أو عقد هدنة أذن فيه لان فيه مصلحة للمسلمين فان كان في تجارة لا يحتاج اليها المسلمون لم يأذن له الا بشرط أن يأخذ من تجارتهم شيئا لان عمر رضي الله عنه أمر أن يؤخذ من أنباط الشام من حمل القطنية من الحبوب العشر ومن حمل الزيت والقمح نصف العشر ليكون أكثر للحمل وتقدير ذلك الى رأي الامام لانه أخذ باجتهاده فكان تقديره الى رأيه فان دخل لتجارة فله أن يقيم ثلاثة أيام ولا يقيم أكثر منها لحديث عمر رضي الله عنه ولانه لا يصير مقيما بالثلاثة ويصير مقيما بما زاد

(قوله اخرجوا اليهود من جزيرة العرب) سميت جزيرة لان البحرين بحر فارس وبحر الحبشة والرافدين قد أحاطت بها والرافدان دجلة والفرات قال

وولیت العراق ورافديه
فزاريا أحذ يد القميص

(قوله الى أطراف الشام) الجوهري أطرار الشام أطرافها وريف العراق حيث المزارع ومواضع الخصب منها وحفر أبي موسى ركايا احتفرها بطريق مكة من البصرة بين ماوية والنجشانيات وكان لا يوجد بها قطرة ماء ولها حكاية والميرة الطعام الذي يمتاره الانسان أي يجيء به من بعد يقال مار أهله يميرهم اذا حمل اليهم الميرة قال الله تعالى ونمير أهلنا وانباط الشام قوم من العجم والقطنية بكسر القاف هو ماسوى الطعام كالعدس واللوبيا والحمص وما أشبهه فبصر بجوسى أي نظر وقيل علم قال أبو عبيد في قوله تعالى بصرت بما لم يبصروا به نظرت من البصر وقال قتادة فطنت من البصيرة وقال مقاتل علمت قال الهروي يقال بصر يبصر اذا صار عليما بشيء فاذا نظرت قلت أبصرت أبصر

وان أقام في موضع ثلاثة أيام ثم انتقل الى موضع آخر وأقام ثلاثة أيام ثم كذلك ينتقل من موضع الى موضع ويقيم في كل موضع ثلاثة أيام جاز لانه لم يصر مقيما في موضع ولا يمنع من ركوب بحر الحجاز لانه ليس بموضع للاقامة ويمنع من المقام في سواحله والجزائر المسكونة فيه لانه من بلاد الحجاز وان دخل لتجارة فمرض فيه ولم يمكنه الخروج أقام حتى يبرأ لانه موضع ضرورة وان مات فيه وأمكن نقله من غير تغير لم يدفن فيه لان الدفن اقامة على التأبيد وان خيف عليه التغير في النقل عنه لبعد المسافة دفن فيه لانه موضع ضرورة

(فصل) ولا يمكن مشرك من دخول الحرم لقوله عز وجل انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والمسجد الحرام عبارة عن الحرم والدليل عليه قوله عز وجل سبحان الذي أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الاقصى وأراد به مكة لانه أسرى به من منزل خديجة وروى عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يدخل مشرك المسجد الحرام فان جاء رسولا خرج اليه من يسمع رسالته وان جاء لحمل ميرة خرج اليه من يشتري منه وان جاء ليسلم خرج اليه من يسمع كلامه وان دخل ومرض فيه لم يترك فيه وان مات لم يدفن فيه وان دفن فيه نبش وأخرج منه للآية ولانه اذا لم يجز دخوله في حياته فلأن لا يجوز دفن جيفته فيه أولى وان تقطع ترك لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بنقل من مات فيه منهم ودفن قبل الفتح وان دخل بغير اذن فان كان عالما بتحريمه عزر وان كان جاهلا أعلم فان عاد عزر وان أذن له في الدخول بمال لم يجز فان فعل استحق عليه المسمى لانه حصل له المعوض ولا يستحق عوض المثل وان كان فاسدا لانه لا أجرة لمثله والحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال ومن طريق العراق على تسعة أميال ومن طريق الجعرانة على تسعة أميال ومن طريق الطائف على عرفة على سبعة أميال ومن طريق جدة على عشرة أميال

(فصل) وأما دخول ما سوى المسجد الحرام من المساجد فانه يمنع منه من غير اذن لما روى عياض الاشعري ان أبا موسى وفد الى عمر ومعه نصراني فأعجب عمر خطه فقال قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتابا فقال انه لا يدخل المسجد فقال لم أجنب هو قال لا هو نصراني قال فانتهره عمر فان دخل من غير اذن عزر لما روت أم غراب قالت رأيت عليا كرم الله وجهه على المنبر وبصر بمجوسي فنزل فضربه وأخرجه من باب كندة فان استأذن في الدخول فان كان لنوم أو أكل لم يؤذن له لانه يرى ذلك تبذلا فلا يحميه من أقذاره وان كان لسماع قرآن أو علم فان كان ممن يرجى اسلامه أذن له لقوله عز وجل وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ولانه ربما كان ذلك سببا لاسلامه وقد روى أن عمر رضي الله عنه سمع أخته تقرأ طه فأسلم وان كان جنبا ففيه وجهان أحدهما انه يمنع من القعود فيه لانه اذا منع المسلم اذا كان جنبا فلأن يمنع المشرك أولى والثاني انه لا يمنع لان المسلم يعتقد تعظيمه فمنع والمشرك لا يعتقد تعظيمه فلم يمنع وان وفد قوم من الكفار ولم يكن للامام موضع ينزلهم فيه جاز أن ينزلهم في المسجد لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل سبي بني قريظة والنضير في مسجد المدينة وربط ثمامة بن أثال في المسجد

(فصل) ولا يمكن حربي من دخول دار الاسلام من غير حاجة لانه لا يؤمن كيده ولعله يدخل للتجسس أو شراء سلاح فان استأذن في الدخول لاداء رسالة أو عقد ذمة أو هدنة أو حمل ميرة وللمسلمين اليها حاجة جاز الاذن له من غير عوض لان في ذلك مصلحة للمسلمين وان لم تكن لهم حاجة لم يؤذن له [illegible] فان دخل من غير ذمة ولا أمان فالامام مخير بين القتل والاسترقاق والمن والفداء [illegible] فيه [illegible] في [illegible] رسول الله صلى الله عليه

وسلم أن عمر دخل وقال يارسول الله هذا أبو سفيان قد أمكن الله منه من غير عقد ولا عهد فدعني أضرب عنقه فقال العباس يارسول الله انى قد أجرته ولانه صبي لا أمان له فكان حكمه ماذكرناه كالاسير وان دخل وادعى أنه دخل لرسالة قبل قوله لانه يتعذر اقامة البينة على الرسالة وان ادعى أنه دخل بامان مسلم ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل قوله لانه لا يتعذر اقامة البينة على الامان والثانى أنه يقبل قوله وهو ظاهر المذهب لان الظاهر أنه لا يدخل من غير أمان وان أراد الدخول لتجارة ولا حاجة للمسلمين اليها لم يؤذن له الا بمال يؤخذ من تجارته لان عمر رضى الله عنه أخذ العشر من أهل الحرب ويستحب أن لا ينقص عن ذلك اقتداء بعمر رضى الله عنه فان نقص باجتهاده جاز لان أخذه باجتهاده فكان تقديره اليه ولا يؤخذ مما يشترط على الذمى فى دخول الحجاز فى السنة الا مرة كما لا تؤخذ الجزية منه فى السنة الا مرة وما يؤخذ من الحربى فى دخول دار الاسلام فيه وجهان أحدهما انه يؤخذ منه فى كل سنة مرة كأهل الذمة فى الحجاز والثانى أنه يؤخذ منه فى كل مرة يدخل لان الذمى تحت يد الامام ولا يفوت ماشرط عليه بالتأخير والحربى يرجع الى دار الحرب فاذا لم يؤخذ منه فات ماشرط عليه وان شرط أن يؤخذ من تجارته أخذ منه باع أو لم يبع وان شرط أن يؤخذ من ثمن تجارته فكسد المتاع ولم يبع لم يؤخذ منه لانه لم يحصل الثمن وان دخل الذمى الحجاز أو الحربى دار الاسلام ولم يشرط عليه فى دخوله مال لم يؤخذ منه شئ ومن أصحابنا من قال يؤخذ من تجارة الذمى نصف العشر ومن تجارة الحربى العشر لانه قد تقرر هذا فى الشرع بفعل عمر رضى الله عنه فحمل مطلق العقد عليه والمذهب الاول لانه أمان من غير شرط المال فلم يستحق به مال كالهدنة

﴿ باب الهدنة ﴾

لا يجوز عقد الهدنة لاقليم أو صقع عظيم الا للامام أو لمن فوض اليه الامام لانه لو جعل ذلك الى كل واحد لم يؤمن أن يهادن الرجل أهل اقليم والمصلحة فى قتالهم فيعظم الضرر فلم يجز الا للامام أو للنائب عنه فان كان الامام مستظهرا نظرت فان لم يكن فى الهدنة مصلحة لم يجز عقدها لقوله عز وجل ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون والله معكم وان كان فيها مصلحة بان يرجو اسلامهم أو بذل الجزية أو معاونتهم على قتال غيرهم جاز أن يهادن أربعة أشهر لقوله عز وجل براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر ولا يجوز أن يهادنهم سنة فما زاد لانها مدة يجب فيها الجزية فلا يجوز اقرارهم فيها من غير جزية وهل يجوز فيما زاد على أربعة أشهر ومادون سنة فيه قولان أحدهما أنه لا يجوز لان الله تعالى أمر بقتال أهل الكتاب الى أن يعطوا الجزية لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله وأمر بقتال عبدة الاوثان الى أن يؤمنوا بقوله عز وجل اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم أذن فى الهدنة فى أربعة أشهر وبقى ما زاد على ظاهر الآيتين والقول الثانى أنه يجوز لانها مدة تقصر عن مدة الجزية فجاز فيها عقد الهدنة كأربعة أشهر وان كان الامام غير مستظهر بان كان فى المسلمين ضعف وقلة وفى المشركين قوة وكثرة أو كان الامام مستظهرا لكن العدو على بعد ويحتاج فى قصدهم الى مؤنة مجحفة جاز عقد الهدنة الى مدة تدعو اليها الحاجة وأكثرها عشر سنين لان رسول الله صلى الله عليه وسلم هادن قريشا فى الحديبية عشر سنين ولا يجوز فيما زاد على ذلك لان الاصل وجوب الجهاد الا فيما وردت فيه الرخصة وهو عشر سنين وبقى ما زاد على الاصل فان عقد على عشر سنين وانقضت والحاجة باقية استأنف العقد فيما تدعو الحاجة اليه وان عقد على أكثر من عشر سنين بطل فيما زاد على العشر وفى العشر قولان بناء على تفريق الصفقة فى البيع وان دعت الحاجة الى خمس سنين لم تجز الزيادة عليها فان عقد على ما زاد على خمس سنين بطل العقد فيما زاد وفى الخمس قولان فان عقد الهدنة مطلقا من غير مدة لم يصح لان اطلاقه

يقتضى

﴿ومن باب الهدنة﴾

أصل الهدنة السكون يقال هدن يهدن هدونا اذا سكن وهدنة أى سكنة يتعدى ولا يتعدى وهادنته صالحته والاسم منها الهدنة والموادعة بمعنى المهادنة ومعناها المتاركة والوداع مفارقة ومتاركة يقال دعه أى اتركه ولا يستعمل منه ماض ولا مصدر ولا اسم فاعل ولا اسم مفعول (قوله لا يجوز عقد الهدنة لاقليم أو صقع) الاقليم واحد أقاليم الارض السبعة والصقع الناحية يقال فلان من أهل هذا الصقع أى من أهل هذه الناحية (قوله وان كان الامام مستظهرا) أى غالبا من قوله تعالى فاصبحوا ظاهرين ومجحفة أى تذهب بالمال وقد ذكر (قوله ولا تهنوا وتدعوا الى السلم) لا تهنوا لا تضعفوا والوهن الضعف والسلم يفتح ويكسر وهو الصلح بمعنى المسالمة وترك الحرب (قوله فان جنحوا للسلم) أى مالوا الى جانب الصلح والجنح الجنب وجنحت الشمس للغروب مالت (قوله أجحف به) أى ذهب به (قوله براءة من الله) البراءة خروج من الشئ ومفارقة له (قوله فسيحوا فى الارض) اذهبوا منها فى هذه المدة

يقتضى التأبيد وذلك لا يجوز وان هادن على أن له أن ينقض اذا شاء جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم وادع يهود خيبر وقال أقركم ما أقركم الله وان قال غير النبي صلى الله عليه وسلم هادنتكم الى أن يشاء الله تعالى أو أقررتكم ما أقركم الله تعالى لم يجز لانه لا طريق له الى معرفة ما عند الله تعالى ويخالف الرسول صلى الله عليه وسلم فانه كان يعلم ما عند الله تعالى بالوحى وان هادنهم ما شاء فلان وهو رجل مسلم أمين عالم له رأى جاز فان شاء فلان أن ينقض نقض وان قال هادنتكم ما شئتم لم يصح لانه جعل الكفار محكمين على المسلمين وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى ويجوز عقد الهدنة على مال يؤخذ منهم لان فى ذلك مصلحة للمسلمين ولا يجوز بمال يؤدى اليهم من غير ضرورة لان فى ذلك الحاق صغار بالاسلام فلم يجز من غير ضرورة فان دعت الى ذلك ضرورة بان أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الاصطلام أو أسروا رجلا من المسلمين وخيف تعذيبه جاز بذل المال لاستنقاذه منهم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ان الحرث بن عمرو الغطفانى رئيس غطفان قال النبي صلى الله عليه وسلم ان جعلت لى شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا فقال النبي صلى الله عليه وسلم حتى أشاور السعدين يعنى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وأسعد بن زرارة فقالوا ان كان هذا بأمر من السماء فتسليم لامر الله عز وجل وان كان برأيك فرأينا تبع لرأيك وان لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ما كنا نعطيهم فى الجاهلية تمرة الا شراء أو قراء وكيف وقد أعزنا الله بك فلم يعطهم شيأ فلو لم يجز عند الضرورة لما رجع الى الانصار ليدفعوه ان رأوا ذلك ولان ما يخاف من الاصطلام وتعذيب الاسير أعظم فى الضرورة من بذل المال فجاز دفع أعظم الضررين باخفهما وهل يجب بذل المال فيه وجهان بناء على الوجهين فى وجوب الدفع عن نفسه وقد بيناه فى الصول فاذا بذل لهم على ذلك مال ذلك لم يملكوه لانه مال مأخوذ بغير حق فلم يملكوه كالمأخوذ بالقهر

﴿فصل﴾ ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمات لأن النبي صلى الله عليه وسلم عقد الصلح بالحديبية فجاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط مسلمة فجاء أخواها فطلباها فأنزل الله عز وجل فلا ترجعوهن الى الكفار فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى منع من الصلح فى النساء ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك فيصيبها ولا يؤمن أن تفتن فى دينها لنقصان عقلها ولا يجوز عقدها على رد من لا عشيرة له من الرجال تمنع عنه لانه لا يأمن على نفسه فى اظهار دينه فيما بينهم ويجوز عقدها على رد من له عشيرة تمنع عنه لانه يأمن على نفسه فى اظهار دينه ولا يجوز عقدها مطلقة على رد من جاء من الرجال مسلما لانه يدخل فيه من يجوز رده ومن لا يجوز

﴿فصل﴾ وان عقدت الهدنة على ما لا يجوز مما ذكرناه أو عقدت الذمة على ما لا يجوز من نقصان عن دينار فى الجزية أو المقام فى الحجاز أو الدخول الى الحرم أو بناء كنيسة فى دار الاسلام أو ترك الصغار أو اظهار الخمر والخنزير فى دار الاسلام وجب نقضه لقوله صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس وقال ردوا الجهالات الى السنة ولانه عقد على محرم فلم يجز الاقرار عليه كالبيع بشرط فاسد أو عوض محرم

﴿فصل﴾ وان عقدت الهدنة على ما يجوز [illegible] وجب الوفاء بها الى أن تنقضى المدة [illegible] العهد لقوله عز وجل أوفوا بالعقود [illegible] من مشركين ثم لم ينقصوكم شيأ ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم ان الله يحب المتقين وقوله عز وجل فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم وروى [illegible] معاوية وبين [illegible] فى [illegible] عمرو بن عبسة [illegible] سمعت رسول الله

(قوله وخافوا الاصطلام) هو الاستئصال بالقتل وغيره والطاء بدل من التاء وأصله استئصال قطع الاذن يقال ظليم مصلم وهو خلقة فيه والظليم ذكر النعام (قوله ولم يظاهروا عليكم أحدا) أى لم يعاونوا والمظاهرة المعاونة والظهير العون قال الله تعالى وأنزل الذين ظاهروهم من أهل الكتاب

صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحل عقده ولا يشدها حتى يمضي أمدها أو ينبذ اليهم على سواء قال فانصرف معاوية ذلك العام ولان الهدنة عقدت لمصلحة المسلمين فاذا ترك لهم عند قدرتنا عليهم لم يفوا لنا عند قدرتهم علينا فيؤدي ذلك الى الاضرار بالمسلمين وان مات الامام الذي عقد الهدنة وولى غيره لزمه امضاؤه لما روى أن نصارى نجران أتوا عليا كرم الله وجهه وقالوا ان الكتاب كان بيدك والشفاعة اليك وان عمر أجلانا من أرضنا فردنا اليها فقال علي ان عمر كان رشيدا في أمره واني لا أغير أمرا فعله عمر رضي الله عنه

﴿فصل﴾ ويجب على الامام منع من يقصدهم من المسلمين ومن معهم من أهل الذمة لان الهدنة عقدت على الكف عنهم ولا يجب عليه منع من قصدهم من أهل الحرب ولا منع بعضهم من بعض لان الهدنة لم تعقد على حفظهم وانما عقدت على تركهم بخلاف أهل الذمة فان أهل الذمة عقدت على حفظهم فوجب منع كل من يقصدهم ويجب على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة ضمان أنفسهم وأموالهم والتعزير بقذفهم لان الهدنة تقتضي الكف عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم فوجب ضمان ما يجب في ذلك

﴿فصل﴾ اذا جاءت منهم حرة بالغة عاقلة مسلمة مهاجرة الى بلد فيه الامام أو نائب عنه ولها زوج مقيم على الشرك وقد دخل بها وسلم اليها مهرا حلالا فجاء زوجها في طلبها فهل يجب رد ما سلم اليها من المهر فيه قولان أحدهما يجب لقوله عز وجل فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولان البضع متقوم حيل بينه وبين مالكه فوجب رد بدله كما لو أخذ منهم مالا وتعذر رده والقول الثاني وهو الصحيح وهو اختيار المزني أنه لا يجب لان البضع ليس بمال والامان لا يدخل فيه الا المال ولهذا لو أمن مشركا ثم دخل امرأته في الامان ولانه لو ضمن البضع بالحيلولة لضمن بمهر المثل كما يضمن المال عند تعذر الرد بالمثل قيمته ولا خلاف أنه لا يضمن البضع بمهر المثل فلم يضمن بالمسمى وأما الآية فانها نزلت في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية قبل تحريم رد النساء وقد منع الله تعالى من ذلك بقوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار فسقط ضمان المهر فان قلنا لا يجب رد المهر فلا تفريع وان قلنا انه يجب وعليه التفريع وجب ذلك في خمس الخمس لانه مال يجب على سبيل المصلحة فوجب في خمس الخمس وان لم يكن قد دفع اليها المهر لم يجب له المهر لقوله تعالى وآتوهم ما أنفقوا وهذا لم ينفق وان دفع اليها مهرا حراما كالخمر والخنزير لم يجب له شئ لانه لا قيمة لما دفع اليها فصار كما لو لم يدفع اليها شيأ وان دفع اليها بعض مهرها لم يجب له أكثر منه لان الوجوب يتعلق بالمدفوع فلم يجب الا المدفوع وان جاءت الى بلد ليس فيه امام ولا نائب عنه لم يجب رد المهر لانه يجب في سهم المصالح وذلك الى الامام أو النائب عنه فلم يطالب به غيره

﴿فصل﴾ وان جاءت مسلمة عاقلة ثم جنت وجب رد المهر لان الحيلولة حصلت بالاسلام وان جاءت مجنونة ووصفت الاسلام ولم يعرف وصفته في حال عقلها أو في حال جنونها لم ترد اليه لجواز أن يكون وصفته في حال عقلها فاذا ردت اليهم خدعوها وزهدوها في الاسلام فلم يجز ردها احتياطا للاسلام وان أفاقت ووصفت الكفر وهي كافرة ردت الى زوجها وان وصفت الاسلام لم ترد فاذا جاء الزوج في طلبها دفع اليه مهرها لانه حيل بينهما بالاسلام وان طلب مهرها قبل الافاقة لم يدفع اليه لان المهر يجب بالحيلولة وذلك لا يتحقق قبل الافاقة لجواز أن تفيق وتصف الكفر فترد اليه فلم يجب مع الشك

﴿فصل﴾ وان جاءت صبية ووصفت الاسلام لم ترد اليهم وان لم يحكم باسلامها لانا نرجو اسلامها فاذا ردت اليهم خدعوها وزهدوها في الاسلام وان بلغت ووصفت الكفر ردت فان أقامت على الكفر

ردت

(قوله أو ينبذ اليهم على سواء) قال المفسرون في تفسير قوله تعالى فانبذ اليهم عهدهم على سواء أي اطرح اليهم عهدهم حتى تكون أنت وهم في العلم سواء وأصله الوسط وحقيقته العدل ومنه في سواء الجحيم أي وسطه (قوله وأن عمر أجلانا من أرضنا) أي أخرجنا منها قال الله تعالى ولولا أن كتب الله عليهم الجلاء وهو الخروج عن الاوطان تقول العرب اما حرب مجلية أو سلم مخزية معناه اما حرب أو دمار وخروج عن الديار واما صلح وقرار على صغار (قوله زهدوها في الاسلام) أي قللوا رغبتها فيه زهدت في الشئ وعن الشئ لم أرغب فيه

ردت الى زوجها فان وصفت الاسلام دفع الى زوجها المهر لانه تحقق المنع بالاسلام فان جاء يطلب مهرها قبل البلوغ ففيه وجهان أحدهما أنه يدفع اليه مهرها لانها منعت منه بوصف الاسلام فهى كالبالغة والثانى انه لا يدفع لان الحيلولة لا تتحقق قبل البلوغ لجواز أن تبلغ وتصف الكفر فترد اليه فلم يجب المهر كما قلنا فى المجنونة

﴿فصل﴾ وان جاءت مسلمة ثم ارتدت لم ترد اليهم لانه يجب قتلها وان جاء زوجها يطلب مهرها فان كان بعد القتل لم يجب دفع المهر لان الحيلولة حصلت بالقتل وان كان قبل القتل ففيه وجهان أحدهما انه يجب لان المنع وجب بحكم الاسلام والثانى لا يجب لان المنع وجب لاقامة الحد لا بالاسلام

﴿فصل﴾ وان جاءت مسلمة ثم جاء زوجها ومات أحدهما فان كان الموت بعد المطالبة بها وجب المهر لان الحيلولة حصلت بالاسلام وان كان قبل المطالبة لم يجب لان الحيلولة حصلت بالموت

﴿فصل﴾ فان أسلمت ثم طلقها الزوج فان كان الطلاق بائنا فهو كالموت وقد بيناه وان كان رجعيا لم يجب دفع المهر لانه تركها برضاه وان راجعها ثم طالب بها وجب دفع المهر لانه حيل بينهما بالاسلام وان جاءت مسلمة ثم أسلم الزوج فان أسلم قبل انقضاء العدة لم يجب المهر لاجتماعهما على النكاح وان أسلم بعد انقضاء العدة فان كان قد طالب بها قبل انقضاء العدة وجب المهر لانه وجب قبل البينونة وان طلب بعد انقضاء العدة لم يجب لان الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين

﴿فصل﴾ وان هاجرت منهم أمة وجاءت الى بلد فيه الامام نظرت فان فارقتهم وهى مشركة ثم أسلمت صارت حرة لانا بينا أن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض فملكت نفسها بالقهر فان جاء مولاها فى طلبها لم ترد عليه لانها أجنبية منه لاحق له فى رقبتها ولانها مسلمة ولا يجوز ردها الى مشرك وان طلب قيمتها فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله فيها قولين كالحرة اذا هاجرت وجاء الزوج يطلب مهرها والصحيح أنه لا تجب قيمتها قولا واحدا وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله لان الحيلولة حصلت بالقهر قبل الاسلام وتخالف الحرة فانها امتنعت بالاسلام والامة منعت بالملك وقد زال [illegible] فيه قبل الاسلام وان أسلمت وهى عندهم ثم هاجرت لم تصر حرة لانهم فى أمان منا وأموالهم محظورة علينا فلم يزل ملكه بالهجرة فان جاء مولاها فى طلبها لم ترد اليه لانها مسلمة فلم يجز ردها الى مشرك وان طلب قيمتها وجب دفعها [illegible] وان كانت ذات زوج مزوجة من حر فجاء زوجها فى طلبها لم ترد اليه وان طلب مهرها فعلى القولين فى الحرة وان كانت مزوجة من عبد فعلى القولين أيضا الا أنه لا يجب دفع المهر الا أن يحضر الزوج فيطالب [illegible] لان البضع [illegible] مولى مطالبته [illegible] يحضر المولى ويطالب بالمهر لان المهر [illegible] الزوج [illegible]

﴿فصل﴾ وان هاجر منهم رجل مسلم فان كان له عشيرة تمنع [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

(قوله فى المال والعرض) هو ان لا يذكر سلفه وآباءه ويذكره نفسه بسوء وبما يزل قدره ومحله

ومن شرب منهم الخمر أو زنى لم يجب عليه الحد لانه حق لله تعالى ولم يلتزم بالهدنة حقوق الله تعالى فان سرق مال المسلم ففيه قولان أحدهما انه لا يجب عليه القطع لانه حد خالص لله تعالى فلم يجب عليه كحد الشرب والزنا والثانى انه يجب عليه لانه حد يجب لصيانة حق الآدمى فوجب عليه كحد القذف

﴿فصل﴾ اذا نقض أهل الهدنة عهدهم بقتال أو مظاهرة عدو أو قتل مسلم أو أخذ مال انتقضت الهدنة لقوله عز وجل فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم فدل على انهم اذا لم يستقيموا لنا لم نستقم لهم لقوله عز وجل الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيأ ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم فدل على انهم ان ظاهروا علينا أحدا لم تتم اليهم عهدهم ولان الهدنة تقتضى الكف عنا فانتقضت بتركه ولا يفتقر نقضها الى حكم الامام بنقضها لان الحكم انما يحتاج اليه فى أمر محتمل وما ظاهروا به لا يحتمل غير نقض العهد وان نقض بعضهم وسكت الباقون ولم ينكروا ما فعل الناقض انتقضت الهدنة فى حق الجميع والدليل عليه ان ناقة صالح عليه السلام عقرها القدار العيزار بن سالف وأمسك عنها القوم فأخذهم الله تعالى جميعهم به فقال الله عز وجل فدمدم عليهم ربهم بذنبهم فسواها ولا يخاف عقباها ولان النبى صلى الله عليه وسلم وادع بنى قريظة وأعان بعضهم أبا سفيان بن حرب على حرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخندق وقيل ان الذى أعان منهم ثلاثة حيى بن أخطب وأخوه وآخر معهم فنقض النبى صلى الله عليه وسلم عهدهم وغزاهم وقتل رجالهم وسبى ذراريهم ولان النبى صلى الله عليه وسلم هادن قريشا بالحديبية وكان بنو بكر حلفاء قريش وخزاعة حلفاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فحاربت بنو بكر خزاعة وأعان نفر من قريش بنى بكر على خزاعة وأمسك سائر قريش فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك نقضا لعهدهم وسار اليهم حتى فتح مكة ولانه لما كان عقد بعضهم الهدنة أمانا لمن عقد ولمن أمسك وجب أن يكون نقض بعضهم نقضا لمن نقض ولمن أمسك وان نقض بعضهم العهد وأنكر الباقون أو اعتزلوهم أو راسلوا الى الامام بذلك انتقض عهد من نقض وصارحربا لنا بنقضه ولم ينتقض عهد من لم يرض لانه لم ينقض العهد ولا رضى بفعل من نقض فان كان من لم ينقض مختلطا بمن نقض أمر من لم ينقض بتسليم من نقض ان قدروا أو بالتميز عنهم فان لم يفعلوا أحد هذين مع القدرة عليه انتقضت هدنتهم لانهم صاروا مظاهرين لأهل الحرب وان لم يقدروا على ذلك كان حكمهم حكم من أسره الكفار من المسلمين وقد بيناه فى أول السير وان أسر الامام قوما منهم وادعوا انهم ممن لم ينقض العهد وأشكل عليه حالهم قبل قولهم لانه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهتهم

﴿فصل﴾ وان ظهر منهم من يخاف معه الخيانة جاز للامام أن ينبذ اليهم عهدهم لقوله عز وجل وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم عهدهم على سواء ان الله لا يحب الخائنين ولا تنتقض الهدنة الا أن يحكم الامام بنقضها لقوله عز وجل فانبذ اليهم على سواء ولان نقضها لخوف الخيانة وذلك يفتقر الى نظر واجتهاد فافتقر الى الحاكم وان خاف من أهل الذمة خيانة لم ينبذ اليهم والفرق بينهم وبين عقد أهل الهدنة ان النظر فى عقد الذمة وجب لهم ولهذا اذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم فلم ينقض لخوف الخيانة والنظر فى عقد الهدنة لنا ولهذا لو طلبوا الهدنة كان النظر فيها الى الامام وان رأى عقدها عقد وان لم ير عقدها لم يعقد فكان النظر اليه فى نقضه عند الخوف ولان أهل الذمة فى قبضته فاذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها وأهل الهدنة خارجون عن قبضته فاذا ظهرت خيانتهم لم يمكن استدراكها فجاز نقضها بالخوف وان لم يظهر منهم ما يخاف معه الخيانة لم يجز نقضها لان الله تعالى أمر بنبذ عهدهم عند الخوف فدل على أنه لا يجوز مع عدم الخوف ولان نقض الهدنة من غير سبب يبطل مقصود الهدنة ويمنع الكفار من الدخول فيها والسكون اليها واذا نقض الهدنة عند خوف الخيانة

(قوله فدمدم عليهم ربهم) قال الجوهرى دمدمت الشئ اذا ألصقته بالارض وطحطحته وقال العزيزى أرجف أرضهم وحركها عليهم وقال الازهرى أطبق عليهم والكل معناه أهلكهم فسواها أى سواها بالارض قال الشاعر
فدمدموا بعدما كانوا ذوى نعم
وعيشة اسكنوا من بعدها الحفرا

ولم يكن عليهم حق ردهم الى مأمنهم لانهم دخلوا على أمان فوجب ردهم الى المأمن وان كان عليهم حق استوفاه منهم ثم ردهم الى مأمنهم

﴿فصل﴾ اذا دخل الحربى دار الاسلام بأمان فى تجارة أو رسالة ثبت له الأمان فى نفسه وماله ويكون حكمه فى ضمان النفس والمال وما يجب عليه من الضمان والحدود حكم المهادن لانه مثله فى الامان فكان مثله فيما ذكرناه وان عقد الامان ثم عاد الى دار الحرب فى تجارة أو رسالة فهو على الامان فى النفس والمال كالذمى اذا خرج الى دار الحرب فى تجارة أو رسالة وان رجع الى دار الحرب بنية المقام وترك ماله فى دار الاسلام انتقض الامان فى نفسه ولم ينتقض فى ماله فان قتل أو مات انتقل المال الى وارثه وهل يغنم أم لا فيه قولان قال فى سير الواقدى ونقله المزنى أنه يغنم ماله وينتقل الى بيت المال فيأ وقال فى المكاتب يرد الى ورثته فذهب أكثر أصحابنا الى أنها على قولين أحدهما أنه يرد الى ورثته وهو اختيار المزنى والدليل عليه ان المال لوارثه ومن ورث مالا ورثه بحقوقه وهذا الامان من حقوق المال فوجب أن يورث والقول الثانى أنه يغنم وينتقل الى بيت المال فيأ ووجهه أنه لما مات انتقل ماله الى وارثه وهو كافر لا أمان له فى نفسه ولا فى ماله فكان غنيمة وقال أبو على بن خيران المسئلة على اختلاف حالين فالذى قال يغنم اذا عقد الامان مطلقا ولم يشرط لوارثه والذى قال لا يغنم اذا عقد الامان لنفسه ولوارثه وليس للشافعى رحمه الله ما يدل على هذه الطريقة وأما اذا مات فى دار الاسلام فقد قال فى سير الواقدى أنه يرد الى ورثته واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هو أيضا على قولين كالتى قبلها والشافعى نص على أحد القولين ومنهم من قال يرد الى وارثه قولا واحدا والفرق بين المسألتين أنه اذا مات فى دار الاسلام مات على أمانه فكان ماله على الامان واذا مات فى دار الحرب فقد مات بعد زوال أمانه فبطل فى أحد القولين أمان ماله فان استرق زال ملكه عن المال بالاسترقاق وهل يغنم فيه قولان أحدهما يغنم فيأ لبيت المال والقول الثانى انه موقوف لانه لا يمكن نقله الى الوارث لانه حى ولا الى مسترقه لانه ماله أمان فان عتق دفع المال اليه بملكه القديم وان مات عبدا ففى ماله قولان حكاهما أبو على ابن أبى هريرة أحدهما انه يغنم فيأ ولا يكون موروثا لان العبد لا يورث والثانى انه لوارثه لانه ملكه فى حريته

﴿فصل﴾ فان اقترض حربى من حربى مالا ثم دخل الينا بأمان أو أسلم فقد قال أبو العباس عليه رد البدل على المقرض لانه أخذه على سبيل المعاوضة فلزمه البدل كما لو تزوج حربية ثم أسلم قال ويحتمل أنه لا يلزمه البدل فان الشافعى رحمه الله قال فى النكاح اذا تزوج حربى حربية ودخل بها ومات ثم أسلم الزوج ودخل الينا بأمان فجاء وارثها يطلب ميراثه من صداقها لا شىء له لانه مال [illegible] قال والاول أصح ويكون تأويل المسألة أن الحربى تزوجها على غير مهر [illegible] دار الحرب بأمان فسرق منهم مالا أو اقترض منهم مالا وعاد الى دار الاسلام ثم جاء صاحب المال الى دار الاسلام بأمان وجب على المسلم رد ما سرق أو اقترض لان الامان يوجب ضمان المال فى الجنبين فوجب رده

باب خراج السواد

سواد العراق ما بين عبادان الى الموصل طولا ومن القادسية الى حلوان عرضا [illegible] اثنان وثلاثون ألف ألف جريب وقال أبو عبيد هو ستة وثلاثون ألف ألف جريب [illegible] فتحه عمر رضى [illegible] وقسمه بين الغانمين ثم استطابه منهم واستردوه [illegible]

[illegible]

[illegible]

﴿ومن باب خراج السواد﴾ الخراج الاتاوة وهو ما يؤخذ من الارض أو من الكفار بسبب الامان قال الازهرى الخراج يقع على الضريبة ويقع على مال الفىء ويقع على الجزية وسواد العراق قراها ومزارعها سميت سوادا لكثرة خضرتها والعرب تقول لكل أخضر أسود (قوله على كل جريب) الجريب قطعة من الارض معلومة المساحة قيل انها قطعة مربعة كل جانب منها ستون ذراعا فيصير ثلاثة آلاف لبنة وستمائة لبنة والجمع أجربة وجربان وسمى القضب قضبا لانه يقضب كل حين أى يقطع

على ماقسم لكم وأرى أن تردوا على المسلمين ففعلوا ولاتدخل فى ذلك البصرة وان كانت داخلافى حد السواد لانها كانت أرضا سبخة فأحياها عمرو بن أبى العاص الثقفى وعتبة بن غزوان بعد الفتح الامواضع من شرقى دخلتها تسميها أهل البصرة القرات ومن غربى دخلتها نهر يعرف بنهر المرة واختلف أصحابنا فيما فعل عمر رضى الله عنه فيما فتح من أرض السواد فقال أبو العباس وأبو اسحق باعها من أهلها ومايؤخذ من الخراج ثمن والدليل عليه أن من لدن عمر الى يومنا هذا تباع وتبتاع من غير انكار وقال أبو سعيد الاصطخرى وقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين فلايجوز بيعها ولاشراؤها ولاهبتها ولارهنها وانما تنتقل من يد الى يد ومايؤخذ من الخراج فهو أجرة وعليه نص فى سير الواقدى والدليل عليه ماروى بكير بن عامر عن عامر قال اشترى عتبة بن فرقد أرضا من أرض الخراج فأتى عمر فأخبره فقال عمن اشتريتها قال من أهلها قال فهؤلاء أهلها المسلمون أبعتموه شيأ قالوا لاقال فاذهب فاطلب مالك فاذاقلنا انه وقف فهل تدخل المنازل فى الوقف فيه وجهان أحدهما أن الجميع وقف والثانى أنه لايدخل فى الوقف غير المزارع لانالوقلنا ان المنازل دخلت فى الوقف أدى الى خرابها وأما الثمار فهل يجوز لمن هى فى يده الانتفاع بها فيه وجهان أحدهما أنه لايجوز وعلى الامام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها فى مصالح المسلمين والدليل عليه ماروى الساجى فى كتابه عن أبى الوليد الطيالسى أنه قال أدركت الناس بالبصرة ويحمل اليهم التمر من الفرات فيؤتى به ويطرح على حافة الشط ويلقى عليه الحشيش ولايطير ولايشترى منه الاعرابى أومن يشتريه فيقبضه وما كان الناس يقدمون على شرائه والوجه الثانى أنه يجوز لمن فى يده الارض الانتفاع بثمرتها لان الحاجة تدعوا اليه فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول

﴿فصل﴾ ويؤخذ الخراج من كل جريب شعير درهمان ومن كل جريب حنطة أربعة دراهم ومن كل جريب شجر وقصب وهو الرطبة ستة دراهم واختلف أصحابنا فى خراج النخل والكرم فمنهم من قال يؤخذ من كل جريب نخل عشرة دراهم ومن كل جريب كرم ثمانية دراهم لماروى مجاهد عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعث عثمان بن حنيف فجعل على جريب الشعير درهمين وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم وعلى جريب الشجر والقصب ستة دراهم وعلى جريب الكرم ثمانية دراهم وعلى جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب الزيتون اثنى عشر ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب الزيتون اثناعشر ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية لماروى أبو قتادة عن لاحق بن حميد يعنى أبا مجلز قال بعث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عثمان بن حنيف وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية وعلى جريب البرأربعة وعلى جريب الشعير درهمين وعلى جريب القضب ستة وكتب بذلك الى عمر رضى الله عنه فأجازه ورضى به وروى عباد بن كثير عن قحزم قال جبى عمر رضى الله عنه العراق مائة ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف وجباها عمر بن عبد العزيز مائة ألف وأربعة وعشرون ألف ألف وجباها الحجاج ثمانية عشر ألف ألف ومايؤخذ من ذلك يصرف فى مصالح المسلمين الاهم فالاهم لانه للمسلمين فصرف فى مصالحهم والله أعلم

﴿كتاب الحدود﴾ ﴿باب حد الزنا﴾

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام والدليل عليه قوله عز وجل ولاتقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا وقوله تعالى والذين لايدعون مع الله الها آخر ولايقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولايزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما وروى عبد الله قال سألت النبى صلى الله عليه وسلم أى الذنب أعظم عند الله

عز

(قوله أرضا سبخة) هى المتغيرة التربة التى لاتنبت شيأ (قوله نهر المرة) منسوب الى مرة بن عثمان مولى عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أقطعه يزيد بوصاة من عائشة رضى الله عنها ذكره ابن قتيبة فى المعارف ومن قال نهر المرأة فهو خطأ (قوله حافة الشط) حافة كل شئ جانبه والشط والشاطئ مايلى النهر والبحر من البر الذى لايصله الماء (قوله لايطير) أى لاتطير عليه السهام فى المقاسمة بالقرعة لانهم كانوا لايرونه حلالا والتطير القسمة وفى حديث على فى الحلة السيراء فاطرتها بين نسائى أى قسمتها بينهن وقيل لايزجر عنه الطير ولايمنع استهانة به وتركاله لذلك (قوله فأجازه عمر) أى قبله وحكم به والجائز ما قبله الشرع وساغ فيه الاجتهاد اه

﴿ومن كتاب الحدود﴾ أصل الحد فى اللغة المنع وقيل للبواب حداد لانه يمنع من يدخل الدار من غير أهلها قال الاعشى
فقمنا ولمايصح ديكنا
الى جونة عند حدادها
وسمى الحديد حديدا لمنعه من السلاح ووصوله الى لابسه وحد شئ يمنع أن يدخل فيه [illegible] ... أن يخرج منه [illegible]

عز وجل قال أن تجعل لله ندا وهو خلقك قلت ان ذلك لعظيم قال قلت ثم أى قال أن تقتل ولدك مخافة أن يأكل معك قال قلت ثم أى قال أن تزانى حليلة جارك

﴿فصل﴾ اذا وطئ رجل من أهل دار الاسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد وغير ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم وجب عليه الحد فان كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال قال عمر لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائلهم ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ألا ان الرجم اذا أحصن الرجل وقامت البينة أو كان الحمل أو الاعتراف وقد قرأتها الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا ولا يجلد المحصن مع الرجم لما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما قالا كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام اليه رجل فقال ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته فقال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها ولو وجب الجلد مع الرجم لأمر به

﴿فصل﴾ والمحصن الذى يرجم هو أن يكون بالغا عاقلا حرا وطئ فى نكاح صحيح فان كان صبيا أو مجنونا لم يرجم لانهما ليسا من أهل الحد وان كان مملوكا لم يرجم وقال أبو ثور اذا أحصن بالزوجية رجم لانه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع فى السرقة وهذا خطأ لقوله عز وجل فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فأوجب مع الاحصان خمسين جلدة وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولان الرجم أعلى من جلد مائة فاذا لم يجب على المملوك جلد مائة فلان لا يجب الرجم أولى ويخالف القطع فى السرقة فانه ليس فى السرقة حد غير القطع فلو أسقطناه سقط الحد وفى ذلك فساد وليس كذلك الزنا فان فيه حدا غير الرجم فاذا أسقطناه لم يسقط الحد وأما من لم يطأ فى النكاح الصحيح فليس بمحصن واذا زنى لم يرجم لما روى مسروق عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا اله الا الله وانى رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطئ فى نكاح صحيح واختلف أصحابنا هل يكون من شرطه أن يكون الوطء بعد كمال البلوغ والعقل والحرية أم لا فمنهم من قال ليس من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال فلو وطئ وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كمل فزنى رجم لانه وطء يبيح المزوج الاول فثبت به الاحصان كما لو وطئ بعد الكمال ولان النكاح يجوز أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطء ومنهم من قال من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال فان وطئ فى حال الصغر أو الجنون أو الرق ثم كمل وزنى لم يرجم وهو ظاهر النص والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فلو جاز أن يحصن وطء فى حال النقصان لما علق الرجم بالثيب ولان الاحصان كمال فشرط أن يكون بالوطء فى حال الكمال فعلى هذا اذا وطئ فى نكاح صحيح وهما حران [illegible] صارا محصنين وان كانا صغيرين أو مجنونين أو مملوكين لم يصيرا محصنين وان كان أحدهما حرا [illegible] والآخر مملوكا أو صغيرا أو مجنونا ففيه قولان أحدهما [illegible] منهما محصنا [illegible] غير محصن وهو الصحيح لانه [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] لانه وطء [illegible] [illegible] شبهة ولا [illegible] محصن رجم

في الشرع يمنع الحدود من العود الى ما كان ارتكبه وكذا السجان سمى حدادا لهذا المعنى قال الشاعر

لقد ألف الحداد بين عصابة نسائل فى الاقياد ماذا ذنوبها

(قوله أن يجعل لله ندا) الند المثل والنظير وكذلك النديد والنديدة (قوله وجب عليه الرجم) وأصله الرمى بالرجام وهى الحجارة الضخام وكل رجم فى القرآن فمعناه القتل وأما الجلد فمأخوذ من جلد الانسان وهو الضرب الذى يصل الى جلده قال الجوهرى جلده الحد جلدا أى ضربه وأصاب جلده كقولك رأسه وبطنه وانما جعلت العقوبة فى الزنا بذلك ولم تجعل بقطع آلة الزنا كما جعلت عقوبة السرقة والمحاربة بقطع آلة السرقة وهى اليد والرجل لانه يؤدى الى قطع النسل وعلى قطع يد السارق يكون [illegible] [illegible] [illegible] (قوله كان عسيفا) [illegible] [illegible] [illegible] شهوة [illegible] [illegible]

أن يكون مسلما لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بيهوديين زنيا فأمر برجمهما

(فصل) وان كان غير محصن نظرت فان كان حرا جلد مائة وغرب سنة لقوله عز وجل الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وروى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وان كان مملوكا جلد خمسين عبدا كان أو أمة لقوله عز وجل فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فجعل ما على الامة نصف ما على الحرة لنقصانها بالرق والدليل عليه أنها لو أعتقت كمل حدها والعبد كالامة فى الرق فوجب عليه نصف ما على الحر وهل يغرب العبد بعد الجلد فيه قولان أحدهما أنه لا يغرب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولم يذكر النفى ولان القصد بالتغريب تعذيبه بالاخراج عن الاهل والمملوك لا أهل له والقول الثانى أنه يغرب وهو الصحيح لقوله عز وجل فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولانه حد يتبعض فوجب على العبد كالجلد فاذا قلنا انه يغرب ففى قدره قولان أحدهما أنه يغرب سنة لانها مدة مقدرة بالشرع فاستوى فيها الحر والعبد كمدة العنين والثانى أنه يغرب نصف سنة للآية ولانه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كالجلد

(فصل) وان زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن وزنى ففيه وجهان أحدهما أنه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب لانهما حدان يجبان بالزنا فتداخلا كما لو وجب حدان وهو بكر والثانى أنه لا يدخل فيه لانهما حدان مختلفان فلم يدخل أحدهما فى الآخر كحد السرقة والشرب فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يغرب لان التغريب يحصل بالرجم

(فصل) والوطء الذى يجب به الحد أن يغيب الحشفة فى الفرج فان أحكام الوطء تتعلق بذلك ولا تتعلق بما دونه وما يجب بالوطء فى الفرج من الحد يجب بالوطء فى الدبر لانه فرج مقصود فتعلق الحد بالايلاج فيه كالقبل ولانه اذا وجب بالوطء فى القبل وهو مما يستباح فلأن يجب بالوطء فى الدبر وهو مما لا يستباح أولى

(فصل) ولا يجب على الصبى والمجنون حد الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه اذا سقط عنه التكليف فى العبادات والمأثم فى المعاصى فلأن يسقط الحد ومبناه على الدرء والاسقاط أولى وفى السكران قولان وقد بيناهما فى الطلاق

(فصل) ولا يجب على المرأة اذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولانها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة وهل يجب على الرجل اذا أكره على الزنا فيه وجهان أحدهما وهو المذهب انه لا يجب عليه لما ذكرناه فى المرأة والثانى أنه يجب لان الوطء لا يكون الا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار

(فصل) ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنا لما روى سعيد بن المسيب قال ذكر الزنا بالشام فقال رجل زنيت البارحة فقالوا ما تقول قال ما علمت أن الله عز وجل حرمه فكتب يعنى عمر ان كان يعلم ان الله حرمه فحدوه وان لم يكن قد علم فأعلموه فان عاد فارجموه وروى ان جارية سوداء رفعت الى عمر رضى الله عنه وقيل انها زنت فخفقها بالدرة خفقات وقال أى لكاع زنيت فقالت من غوش بدرهمين تخبر بصاحبها الذى زنى بها ومهرها الذى أعطاها فقال عمر رضى الله عنه ما ترون وعنده على وعثمان

(قوله المحصنات وفاذا أحصن) الاحصان العفاف عن الزنا والمحصنات أيضا المزوجات وأحصن زوجن لانها تستعف بالزوج عن الزنا وأصله الامتناع مأخوذ من الحصن الذى يمتنع به من العدو (قوله فخفقها بالدرة خفقات) أى ضربها ضربا خفيفا يقال خفقه يخفقه ويخفقه والمخفقة الدرة التى يخفق بها وهى آلة عريضة فيها جلود مخفوقة (قوله أى لكاع) الملكع اللئيم والمرأة لكاع ولا يستعمل الا فى النداء وقال أبو عبيد الملكع عند العرب العبد وقال الليث يقال امرأة لكاع وملكعانة ورجل لكع وملكعان واللكيع كل ذلك يوصف به الاحمق (قوله من غوش بدرهمين) هو اسم طائر سمى به الرجل

وعبد الرحمن بن عوف فقال على رضى الله عنه أرى أن ترجها وقال عبد الرحمن أرى مثل ما رأى أخوك فقال لعثمان ما تقول قال أراها تستهل بالذى صنعت لا ترى به بأسا وانما حد الله على من علم أمر الله عز وجل فقال صدقت فان زنى رجل بامرأة وادعى انه لم يعلم بتحريمه فان كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لانا نعلم كذبه وان كان قريب العهد بالاسلام أو نشأ فى بادية بعيدة من المسلمين أو كان مجنونا فأفاق وزنى قبل أن يعلم الاحكام قبل قوله لانه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد وان وطئ المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وادعى انه جهل تحريمه ففيه وجهان أحدهما انه لا يقبل دعواه الا أن يكون قريب العهد بالاسلام أو نشأ فى موضع بعيد من المسلمين كما لا يقبل دعوى الجهل اذا وطئها من غير اذن الراهن والثانى أنه يقبل قوله لان معرفة ذلك تحتاج الى فقه

﴿فصل﴾ وان وجد امرأة فى فراشه فظنها أمته أو زوجته فوطئها لم يلزمه الحد لانه يحتمل ما يدعيه من الشبهة

﴿فصل﴾ وان كان أحد الشريكين فى الوطء صغيرا والآخر بالغا أو أحدهما مستيقظا والآخر نائما أو أحدهما عاقلا والآخر مجنونا أو أحدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا أو أحدهما مختارا والآخر مستكرها أو أحدهما مسلما والآخر مستأمنا وجب الحد على الحد من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر لان أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد على أحدهما وسقط عن الآخر وان كان أحدهما محصنا والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لان أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب وان أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدى ان رجلا أقر انه زنى بامرأة فبعث النبى صلى الله عليه وسلم اليها فجحدت فحد الرجل وروى أبو هريرة رضى الله عنه وزيد ابن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة

﴿فصل﴾ وان استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها أو تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها وجب عليه الحد لانه لا تأثير للعقد فى اباحة وطئها فكان وجوده كعدمه وان ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه الحد لان ملكه لا يبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد والثانى أنه لا يجب عليه الحد وهو الصحيح لانه وطء فى ملك فلم يجب به الحد كوطء أمته الحائض ولانه لا يختلف المذهب أنه يثبت به النسب وتصير الجارية أم ولد له فلم يجب به الحد فان وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور ان علم بتحريمه وجب عليه الحد لان ملك البعض لا يبيح الوطء فلم يسقط الحد كملك ذات رحم محرم وهذا خطأ لانه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد وما يسقط فغلب الاسقاط لان مبنى الحد على الدرء والاسقاط وان وطئ جارية ابنه لم يجب عليه الحد لان له فيها شبهة ويلحقه نسب ولدها فلم يلزمه الحد بوطئها

﴿فصل﴾ واللواط محرم لقوله عز وجل ولوطا اذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين فسماه فاحشة وقد قال عز وجل ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولان الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحدا فدل على تحريمه ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد وفى حده قولان أحدهما وهو المشهور من مذهبه أنه يجب فيه حد الزنا فان كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب وان كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى أبو موسى الاشعرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وان أتت

(قوله أراها تستهل) أراها أظنها وكل ما كان أرى بالضم لما لم يسم فاعله فمعناه أظن وكل ما كان مفتوحا فهو الذى من الرأى أو رؤية البصر وتستهل بتخفيف اللام أى تراه سهلا لا بأس به عندها ومن رواه بالتشديد فهو خطأ وان صح فمعناه تضحك (قوله ومبناه على الدرء والاسقاط) الدرء الدفع ودرأه دفعه وقد ذكر

المرأة المرأة فهما زانيتان ولانه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا والقول الثاني أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ولان تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ وكيف يقتل فيه وجهان أحدهما أنه يقتل بالسيف لانه أطلق القتل في الخبر فانصرف اطلاقه الى القتل بالسيف والثاني أنه يرجم لانه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا

(فصل) ومن حرمت مباشرته في الفرج بحكم الزنا أو اللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة والدليل عليه قوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان فاذا حرمت الخلوة بها فلان تحرم المباشرة أولى لانها أدعى الى الحرام فان فعل ذلك لم يجب عليه الحد لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أخذت امرأة في البستان وأصبت منها كل شيء غير أني لم أنكحها فاعمل بي ما شئت فقرأ عليه أقم الصلاة طرفي النهار وزلفا من الليل ان الحسنات يذهبن السيآت ويعزر عليه لانه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير

(فصل) ويحرم اتيان المرأة المرأة لما روى أبو موسى الاشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ويجب فيه التعزير دون الحد لانها مباشرة من غير ايلاج فوجب بها التعزير دون الحد كمباشرة الرجل المرأة فيما دون الفرج

(فصل) ويحرم اتيان البهيمة لقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فان أتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنا ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه وكيف يقتل على الوجهين في اللواط والقول الثاني انه كالزنا فان كان غير محصن جلد وغرب وان كان محصنا رجم لانه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا والقول الثالث أنه يجب فيه التعزير لان الحد يجب للردع عما يشتهي وتميل اليه النفس ولهذا وجب في شرب الخمر ولم يجب في شرب البول وفرج البهيمة لا يشتهى فلم يجب فيه الحد وأما البهيمة فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال يجب قتلها لحديث ابن عباس وأبي هريرة ولانها ربما أتت بولد مشوه الخلق ولانها اذا بقيت كثر تعيير الفاعل بها ومنهم من قال لا يجب قتلها لان البهيمة لا تذبح لغير مأكلة وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن أبي عمرو وهو ضعيف وحديث أبي هريرة يرويه علي بن مسهر وقال أحمد رحمه الله ان كان روى هذا الحديث غيره والا فليس بشيء ومنهم من قال ان كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت وان كانت مما لا تؤكل لم تذبح لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة فان قلنا انه يجب قتلها وهي مما يؤكل ففي أكلها وجهان أحدهما انه يحرم لان ما أمر بقتله لم يؤكل كالسبع والثاني انه يحل أكله لانه حيوان مأكول ذبحه من هو من أهل الذكاة وان كانت البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها ان كانت مما لا تؤكل وضمان ما نقص بالذبح اذا قلنا انها تؤكل لانه هو السبب في قتلها وذبحها

(فصل) وان وطئ امرأة ميتة وهو من أهل الحد ففيه وجهان أحدهما انه يجب عليه الحد لانه ايلاج في فرج محرم لا شبهة له فيه فأشبه اذا كانت حية والثاني انه لا يجب لانه لا يقصد فلا يجب فيه الحد

(فصل

(قوله وزلفا من الليل) الزلفة الطائفة من الليل وجمعه زلف وزلفات (قوله مشوه الخلق) أي قبيح الخلق ومنه الحديث شاهت الوجوه قبحت وشوهه الله فهو مشوه قال الشاعر يصف فرسا

فهي شوهاء كالجوالق فوها مستجاف يضل فيه الشكيم

﴿فصل﴾ ويحرم الاستمناء لقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولانها مباشرة تفضي الى قطع النسل فحرم كاللواط فان فعل عزر ولم يحد لانها مباشرة محرمة من غير ايلاج فاشبهت مباشرة الاجنبية فيما دون الفرج وبالله التوفيق

﴿باب اقامة الحد﴾

لا يقيم الحدود على الاحرار الا الامام أو من فوض اليه الامام لانه لم يقم حد على حر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه ولا في أيام الخلفاء الا باذنهم ولانه حق لله تعالى يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه الحيف فلم يجز بغير اذن الامام ولا يلزم الامام ان يحضر اقامة الحد ولا ان يبتدئ بالرجم لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر برجم جماعة ولم ينقل انه حضر بنفسه ولانه رماهم بنفسه فان ثبت الحد على عبد باقراره ومولاه حر مكلف عدل فله ان يجلده في الزنا والقذف والشرب لما روى علي كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وقال عبد الرحمن بن أبي ليلى أدركت بقايا الانصار وهم يضربون الوليدة من ولائدهم في مجالسهم اذا زنت وهل له أن يغربه فيه وجهان أحدهما انه لا يغرب الا الامام لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم اذا زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم اذا زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعر فأمر بالجلد دون النفي والثاني وهو المذهب ان له أن يغرب لحديث علي كرم الله وجهه ولان ابن عمر جلد أمة له زنت ونفاها الى فدك ولان من ملك الجلد ملك النفي كالامام وان ثبت عليه الحد بالبينة ففيه وجهان أحدهما انه يجوز أن يقيم عليه الحد وهو المذهب لانا قد جعلناه في حقه كالامام وكذلك في اقامة الحد عليه بالبينة والثاني انه لا يجوز لانه يحتاج الى تزكية الشهود وذلك الى الحاكم فعلى هذا اذا ثبت عند الحاكم بالبينة جاز للسيد أن يقيم الحد من غير اذنه وهل له أن يقطعه في السرقة فيه وجهان أحدهما انه لا يملك لانه لا يملك من جنس القطع ويملك من جنس الجلد وهو التعزير والثاني انه يملك وهو المنصوص في البويطي لحديث علي كرم الله وجهه ولان ابن عمر قطع عبدا له سرق وقطعت عائشة رضي الله عنها أمة لها سرقت ولانه حد فملك السيد اقامته على مملوكه كالجلد وله أن يقتله بالردة على قول من ملك اقامة الحد على العبد وعلى قول من منع من القطع يجب ان لا يجوز له القتل والصحيح ان له ان يقتله لان حفصة رضي الله عنها قتلت أمة لها سحرتها والقتل بالسحر لا يكون الا في كفر ولانه حد فملك المولى اقامته على المملوك كسائر الحدود وان كان المولى فاسقا ففيه وجهان أحدهما انه يملك اقامة الحد لانه ولاية ثبتت بالملك فلم يمنع الفسق منها كتزويج الامة والثاني انه لا يملكه لانه ولاية في اقامة الحد فمنع الفسق منها كولاية الحاكم وان كانت امرأة فالمذهب انه يجوز لها اقامة الحد لان الشافعي استدل بان فاطمة عليها السلام جلدت أمة لها زنت وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يجوز لها لانها ولاية على الغير فلا تملكها المرأة كولاية التزويج فعلى هذا فيمن يقيم وجهان أحدهما انه يقيمه وليها في النكاح قياسا على تزويج أمتها والثاني انه يقيمه عليها الامام لان الاصل في اقامة الحد هو الامام فاذا سقطت ولاية المولى ثبت الاصل وان كان المولى مكاتبا ففيه وجهان ذكرناهما في المكاتبة

﴿فصل﴾ والمستحب أن يحضر اقامة الحد جماعة لقوله عز وجل وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والمستحب أن يكونوا أربعة لان الحد ثبت بشهادتهم فان كان الحد جلدا وكان المحدود صحيحا قويا والزمان معتدل أقيم الحد ولا يجوز تأخيره فان مرض لا يجوز تأخيره من غير عذر ولا يجرد ولا يمد لما روي عن عبد الله بن مسعود انه قال ليس في هذه الامة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد ويفرق الضرب

(قوله يضربون الوليدة من ولائدهم) الوليدة الامة وجمعها ولائد قيل سميت بذلك لانها تربى في تربية الاولاد وتعلم الآداب (قوله ولا يثرب عليها) التثريب التعيير والاستقصاء في اللوم قال الله تعالى لا تثريب عليكم أي لا توبيخ عليكم ولا تعداد لذنوبكم (قوله ليس في هذه الامة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد) الغل بالفتح شد العنق بحبل أو غيره والغل بالضم الحبل والصفد باسكان الفاء مصدر صفده بالحديد يصفده يخفف ويشدد والصفد بالتحريك القيد وهو الغل في العنق أيضا وجمعه أيضا اصفاد وصفد قال الله تعالى مقرنين في الاصفاد

على الاعضاء ويتوقى الوجه والواضع المخوفة لما روى هنيدة بن خالد الكندى انه شهد عليا كرم الله وجهه أقام على رجل حدا وقال للجلاد اضرب به وأعط كل عضو منه حقه واتق وجهه ومذاكيره وعن عمر انه أتى بجارية قد فجرت فقال اذهبا بها واضرباها ولا تخرقا لها جلدا ولان القصد الردع دون القتل وان كان الحر شديدا أو البرد شديدا أو كان مريضا مرضا يرجى برؤه أو كان مقطوعا أو أقيم عليه حد آخر ترك الى ان يعتدل الزمان ويبرأ من المرض أو القطع ويسكن ألم الحد لانه اذا أقيم عليه الحد فى هذه الاحوال أعان على قتله وان كان نضو الخلق لا يطيق الضرب أو مريضا لا يرجى برؤه جمع مائة شمراخ فضرب به دفعة واحدة لما روى سهل بن حنيف انه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الانصار انه اشتكى رجل منهم حتى أضنى فدخلت عليه جارية لبعضهم فوقع عليها فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه ذكر لهم ذلك وقال استفتوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا ما رأينا باحد من الضر مثل الذى هو به لو حملناه اليك يارسول الله لتفسخت عظامه ما هو الا جلد على عظم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ولانه لا يمكن ضربه بالسوط لانه يتلف به ولا يمكن تركه لانه يؤدى الى تعطيل الحد قال الشافعى رحمه الله ولانه اذا كانت الصلاة تختلف باختلاف حاله فالحد بذلك أولى وان وجب الحد على امرأة حامل لم يقم عليها الحد حتى تضع وقد بيناه فى القصاص

﴿فصل﴾ وان أقيم الحد فى الحال التى تجوز فيها اقامته فهلك منه لم يضمن لان الحق قتله وان أقيم فى الحال التى لا تجوز اقامته فان كانت حاملا فتلف منه الجنين وجب الضمان لانه مضمون فلا يسقط ضمانه بجناية غيره وان تلف المحدود فقد قال اذا أقيم الحد فى شدة حر أو برد فهلك لا ضمان عليه وقال فى الام اذا ختن فى شدة حر أو برد فتلف وجبت على عاقلته الدية فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما لا يجب لانه هلك من حد والثانى انه يجب لانه مفرط ومنهم من قال لا يجب الضمان فى الحد لانه منصوص عليه ويجب فى الختان لانه ثبت بالاجتهاد وان قلنا انه يضمن ففى القدر الذى يضمن وجهان أحدهما انه يضمن جميع الدية لانه مفرط والثانى انه يضمن نصف الدية لانه مات من واجب ومحظور فسقط النصف ووجب النصف

﴿فصل﴾ وان وجب التغريب نفى الى مسافة يقصر فيها الصلاة لان ما دون ذلك فى حكم الموضع الذى كان فيه من المنع من القصر والفطر والمسح على الخف ثلاثة أيام فان رجع قبل انقضاء المدة رد الى الموضع الذى نفى اليه فان انقضت المدة فهو بالخيار بين الاقامة وبين العود الى موضعه وان رأى الامام أن ينفيه الى أبعد من المسافة التى تقصر فيها الصلاة كان له ذلك لان عمر رضى الله عنه غرب الى الشام وغرب عثمان رضى الله عنه الى مصر وان رأى ان يزيد على سنة لم يجز لان السنة منصوص عليها والمسافة مجتهد فيها وحكى عن أبى على بن أبى هريرة انه قال يغرب الى حيث ينطلق عليه اسم الغربة وان كان دون ما تقصر فيه الصلاة لان القصد تعذيبه بالغربة وذلك يحصل بدون ما تقصر اليه الصلاة ولا تغرب المرأة الا فى صحبة ذى رحم محرم أو امرأة ثقة فى صحبة مأمونة وان لم تجد ذا رحم محرم ولا امرأة ثقة يتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها ومن اين يستأجر فيه وجهان من أصحابنا من قال يستأجر من مالها لانه حق عليها فكانت مؤنته عليها وان لم يكن لها مال استؤجر من بيت المال ومن أصحابنا من قال يستأجر من بيت المال لانه حق لله عز وجل فكانت مؤنته من بيت المال فان لم يكن فى بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها

(قوله نضو الخلق) أى مهزول وأصل النضو البعير المهزول والناقة نضوة وقد أنضاه السفر هزله (قوله مائة شمراخ) الشمراخ واحد الشماريخ وهو العثكال الذى يكون عليه البسر والرطب (قوله اشتكى رجل منهم حتى أضنى) أى مرض والضنى المرض يقال أضناه المرض أى أثقله

﴿فصل﴾ وان كان الحد رجما وكان صحيحا والزمان معتدل رجم لان الحد لا يجوز تأخيره من غير عذر وان كان مريضا مرضا يرجى زواله أو الزمان مسرف الحر أو البرد ففيه وجهان أحدهما أنه لا يؤخر رجمه لان القصد قتله فلا يمنع الحر والبرد والمرض منه والثانى أنه يؤخر لانه ربما رجع فى خلال الرجم وقد أثر فى جسمه الرجم فيعين الحر والبرد والمرض على قتله وان كان امرأة حاملا لم ترجم حتى تضع لانه يتلف به الجنين

﴿فصل﴾ فان كان المرجوم رجلا لم يحفر له لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ولانه ليس بعورة وان كان امرأة حفر لها لما روى بريدة قال جاءت امرأة من غامد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالزنا فامر فحفر لها حفرة الى صدرها ثم أمر برجمها لان ذلك أستر لها

﴿فصل﴾ وان هرب المرجوم من الرجم فان كان الحد ثبت بالبينة اتبع ورجم لانه لا سبيل الى تركه وان ثبت بالاقرار لم يتبع لما روى أبو سعيد الخدرى قال جاء ماعز الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الآخر زنى وذكر الى أن قال اذهبوا به فارجموه فاتينا به مكانا قليل الحجارة فلما رميناه اشتد من بين أيدينا يسعى فتبعناه فاتى بناحرة كثيرة الحجارة فقام ونصب نفسه فرميناه حتى قتلناه ثم اجتمعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سبحان الله فهلا خليتم عنه حين سعى من بين أيديكم وان وقف وأقام على الاقرار رجم وان رجع عن الاقرار لم يرجم لان رجوعه مقبول وبالله التوفيق

﴿ باب حد القذف ﴾

القذف محرم والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن قال الشرك بالله عز وجل والسحر وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات

﴿فصل﴾ اذا قذف بالغ عاقل مختار مسلم أو كافر التزم حقوق المسلمين من مرتد أو ذمى أو معاهد محصنا ليس بولده بوطء يوجب الحد وجب عليه الحد فان كان حرا جلد ثمانين جلدة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان كان مملوكا جلد أربعين لما روى يحيى ابن سعيد الانصارى قال ضرب أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مملوكا افترى على حر ثمانين جلدة فبلغ ذلك عبد الله بن عامر بن ربيعة فقال أدركت الناس من زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى اليوم فما رأيت أحدا ضرب المملوك المفترى على الحر ثمانين قبل أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وروى خلاس ان عليا كرم الله وجهه قال فى عبد قذف حرا نصف الحد ولانه حد يتبعض فكان المملوك على النصف من الحر كحد الزنا

﴿فصل﴾ وان قذف غير محصن لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فدل على أنه اذا قذف غير محصن لم يجلد والمحصن الذى يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتمع فيه البلوغ والعقل والاسلام والحرية والعفة عن الزنا فان قذف صغيرا أو مجنونا لم يجب به عليه الحد لان ما رمى به الصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد فلم يجب الحد على القاذف كما لو قذف العاقل بما دون الوطء وان قذف كافرا لم يجب عليه الحد لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن وان قذف مملوكا لم يجب عليه الحد لانه ناقص بالرق فلم يجب الحد على قاذفه وان قذف زانيا لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين

(قوله مسرف الحر) أى مفرط فى شدة الحر وأصل السرف ضد القصد (قوله ان الآخر زنى) بقصر الالف وكسر الخاء معناه الابعد ويقال فى الشتم أبعد الله الآخر وقال فى التلويح أى الغائب البعيد المتأخر ويقال هذا عند شتم الانسان من يخاطبه كأنه نزهه بذلك (قوله فأتى بناحرة) الحرة أرض ذات أحجار كثيرة سود نخرة كأنها أحرقت بالنار والجمع الحرار والحرات والحرون بالواو والنون كما قالوا أرضون والحرون جمع أحرة قال الراجز لا خمس الا جندل الاحرين

﴿ ومن باب حد القذف ﴾ أصل القذف الرمى بالحجارة وغيرها والقذف بالزنا مأخوذ منه والسبع الموبقات هى المهلكات وأوبقه الله أهلكه يقال مه وبق يبق وأوبق يوبق اذا هلك قال الله تعالى أو يوبقهن بما كسبوا (قوله التولى يوم الزحف) التولى الادبار فرارا من القتال والزحف هو المشى فى القتال (قوله افترى على حر) أى كذب قال الله تعالى لا تفتروا على الله كذبا وقذف كو

جلدة فاسقط الحد عنه اذا ثبت انه زنى فدل انه اذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد وان قذف من وطئ فى غير ملك وطأ محرما لا يجب به الحد كمن وطئ امرأة ظنها زوجته أو وطئ فى نكاح مختلف فى صحته ففيه وجهان احدهما انه لا يجب عليه الحد لانه وطء محرم لم يصادف ملكا فسقط به الاحصان كالزنا والثانى انه يجب لانه وطء لا يجب به الحد فلم يسقط به الاحصان كما لو وطئ زوجته وهى حائض

﴿فصل﴾ وان قذف الوالد ولده أو قذف الجد ولد ولده لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور يجب عليه الحد لعموم الآية والمذهب الاول لانه عقوبة تجب لحق الآدمى فلم تجب للولد على الوالد كالقصاص وان قذف زوجته فماتت وله منها ولد سقط الحد لانه لما لم يثبت له عليه الحد بقذفه لم يثبت له عليه بالارث عن أمه وان كان لها ابن آخر من غيره وجب له لان حد القذف يثبت لكل واحد من الورثة على الانفراد

﴿فصل﴾ وان رفع القاذف الى الحاكم وجب عليه السؤال عن احصان المقذوف لانه شرط فى الحكم فيجب السؤال عنه كعدالة الشهود ومن أصحابنا من قال لا يجب لان البلوغ والعقل معلوم بالنظر اليه والظاهر الحرية والاسلام والعفة وان قال القاذف أمهلنى لأقيم البينة على الزنا أمهل ثلاثة أيام لانه قريب لقوله عز وجل ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ثم قال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام

(قوله تمتعوا فى داركم) أى تبلغوا بالعيش القليل حتى يأتيكم العذاب

﴿فصل﴾ وان قذف محصنا ثم زنى المقذوف أو وطئ وطأ زال به الاحصان سقط الحد عن القاذف وقال المزنى وأبو ثور لا يسقط لانه معنى طرأ بعد وجوب الحد فلا يسقط ما وجب من الحد كردة المقذوف وثيوبة الزانى وحريته وهذا خطأ لان ما ظهر من الزنا يوقع شبهة فى حال القذف ولهذا روى أن رجلا زنى بامرأة فى زمان أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال والله ما زنيت الا هذه المرة فقال له عمر كذبت ان الله لا يفضح عبده فى أول مرة والحد يسقط بالشبهة واما ردة المقذوف ففيها وجهان احدهما انها تسقط الحد والثانى انها لا تسقط لان الردة تدين والعادة فيها الاظهار وليس كذلك الزنا فانه يكتم فاذا ظهر دل على تقدم مثله وأما ثيوبة الزانى وحريته فانها لا تورث شبهة فى بكارته ورقه فى حال الزنا

﴿فصل﴾ ولا يجب الحد الا بصريح القذف أو بالكناية مع النية فالصريح مثل أن يقول زنيت أو يا زانى والكناية كقوله يا فاجر أو يا خبيث أو يا حلال بن الحلال فان نوى به القذف وجب به الحد لان ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة التصريح كالطلاق والعتاق وان لم ينو به القذف لم يجب به الحد سواء كان ذلك فى حال الخصومة أو غيرها لانه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفا من غير نية كالكناية فى الطلاق والعتق

﴿فصل﴾ وان قال لطت أو لاط بك فلان باختيارك فهو قذف لانه قذفه بوطء يوجب الحد فاشبه القذف بالزنا وان قال يا لوطى وأراد به انه على دين قوم لوط لم يجب به الحد لانه يحتمل ذلك وان أراد انه يعمل عمل قوم لوط وجب الحد وان قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت لم يكن قولها قذفا له من غير نية لانه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانيا بان وطئها وهو يظن انها زوجته وهى تعلم انه أجنبى ولانه يجوز أن تكون قصدت نفى الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد انى لم أسرق كما لم تسرق ويجوز ان يكون معناه ما وطئنى غيرك فان كان ذلك زنا فقد زنيت وان قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى منى لم يكن قولها قذفا له من غير نية لانه يجوز ان يكون معناه ما وطئنى غيرك فان كان ذلك زنا فانت أزنى منى لان الغالب فى الجماع فعل الرجل وان قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفا من غير نية لان لفظة أفعل لا تستعمل الا فى أمر يشتركان فيه ثم ينفرد احدهما

فيه

فيه بمزية وما ثبت ان فلانا زان ولأن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم وان قال فلان زان وأنت أزنى منه أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لانه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه

﴿فصل﴾ وان قال لامرأته يا زانى فهو قذف لانه صرح باضافة الزنا اليها وأسقط الهاء للترخيم كقولهم فى مالك يا مال وفى حارث يا حار وان قال لرجل يا زانية فهو قذف لانه صرح باضافة الزنا اليه وزاد الهاء للمبالغة كقولهم علامة ونسابة وشتامة ونوامة فان قال زنأت فى الجبل فليس بقذف من غير نية لان الزنء هو الصعود فى الجبل والدليل عليه قول الشاعر ❊ وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل ❊ وان قال زنأت ولم يذكر الجبل ففيه وجهان احدهما انه قذف لانه لم يقرن به ما يدل على الصعود والثانى وهو قول أبى الطيب بن سلمة رحمه الله انه ان كان من أهل اللغة فليس بقذف وان كان من العامة فهو قذف لان العامة لا يفرقون بين زنيت وزنأت

﴿فصل﴾ وان قال زنى فرجك أو دبرك أو ذكرك فهو قذف لان الزنا يقع بذلك وان قال زنت عينك أو يدك أو رجلك فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هو قذف وهو ظاهر ما نقله المزنى رحمه الله لانه اضاف الزنا الى عضو منه فاشبه اذا اضاف الى الفرج ومنهم من قال ليس بقذف من غير نية وخطأ المزنى فى النقل لان الزنا لا يوجد من هذه الاعضاء حقيقة ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه فان قال زنى بدنك ففيه وجهان احدهما انه ليس بقذف من غير نية لان الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة فلم يكن صريحا فى القذف والثانى انه قذف لانه اضاف الى جميع البدن والفرج داخل فيه وان قال لا ترد يد لامس لم يكن قاذفا لما روى أن رجلا من بنى فرارة قال للنبى صلى الله عليه وسلم ان امرأتى لا ترد يد لامس ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا وان قال زنى بك فلان وهو صبى لا يجامع مثله لم يكن قاذفا لانه لا يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها وان كان صبيا يجامع مثله فهو قذف لانه يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها وان قال لامرأته زنيت بفلانة أو زنت بك فلانة لم يجب به الحد لان ما رماها به لا يوجب الحد

﴿فصل﴾ وان أتت امرأته بولد فقال ليس منى لم يكن قاذفا من غير نية لجواز ان يكون معناه ليس منى خلقا أو خلقا أو من زوج غيرى أو من وطء شبهة أو مستعار وان نفى نسب ولده باللعان فقال رجل لهذا الولد لست بابن فلان لم يكن قذفا لانه صادق فى الظاهر انه ليس منه لانه منفى عنه قال الشافعى رحمه الله اذا أقر بنسب ولد فقال له رجل لست بابن فلان فهو قذف وقال فى الزوج اذا قال للولد الذى أقر به لست ابنى انه ليس بقذف واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال ان أراد القذف فهو قذف فى المسئلتين وان لم يرد القذف فليس بقذف فى المسئلتين وحمل جوابه فى المسئلتين على هذين الحالين ومن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين احدهما انه ليس بقذف فيهما لجواز ان يكون معناه لست بابن فلان أو لست بابنى خلقا أو خلقا والثانى انه قذف لان الظاهر منه النفى والقذف ومن أصحابنا من قال ليس بقذف من الزوج وهو قذف من الاجنبى لان الاب يحتاج الى تأديب ولده فيقول لست بابنى مبالغة فى تأديبه والاجنبى غير محتاج الى تأديبه فجعل قذفا منه

﴿فصل﴾ وان قال لعربى يا نبطى فان أراد نبطى اللسان أو نبطى الدار لم يكن قذفا وان أراد فى نسبه من العرب ففيه وجهان أحدهما انه ليس بقذف لان الله تعالى علق الحد على [illegible] الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وشهادة الاربعة لا تحتاج [illegible] يجب به الحد والثانى انه قذف لما روى الاشعث بن قيس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا أوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الا جلدته وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال لا حد الا فى اثنتين قذف محصنة أو نفى رجل من أبيه

(قوله يا نبطى) النبط والنبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط يقال رجل نبطى ونباطى ونباط مثل يمنى ويمانى ويمان قال الزمخشرى سموا نبطا لانهم يستنبطون الماء أى يستخرجونه من الارض ومعنى نبطى اللسان الذى اشتبه كلامه بكلام العرب والعجم ومعنى نبطى الدار من داره بين دور العجم وهو عربى

﴿فصل﴾ ومن لا يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف أو للتعريض بالقذف من غير نية عزر لانه آذى من لا يجوز أذاه وان قال لامرأة انه استكرهت على الزنا ففيه وجهان أحدهما انه يعزر لانه يلحقها بذلك عار عند الناس والثاني انه لا يعزر لانه لا عار عليها في الشريعة بما فعل بها مستكرهة

﴿فصل﴾ وما يجب بالقذف من الحد أو التعزير بالاذى فهو حق للمقذوف يستوفى اذا طالب به ويسقط اذا عفا عنه والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان يقول تصدقت بعرضي والتصدق بالعرض لا يكون الا بالعفو عما يجب له ولانه لا خلاف انه لا يستوفى الا بمطالبته فكان له العفو كالقصاص وان قال لغيره اقذفني فقذفه ففيه وجهان أحدهما انه لا حد عليه لانه حق له فسقط باذنه كالقصاص والثاني انه يجب عليه الحد لان العار يلحق بالعشيرة فلا يملك الاذن فيه واذا أسقط الاذن وجب الحد ومن وجب له الحد أو التعزير لم يجز أن يستوفى الا بحضرة السلطان لانه يحتاج الى الاجتهاد ويدخله التخفيف فلو فوض الى المقذوف لم يؤمن أن يحيف للتشفي

﴿فصل﴾ وان مات من له الحد أو التعزير وهو ممن يورث انتقل ذلك الى الوارث وفيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها انه يرثه جميع الورثة لانه موروث فكان لجميع الورثة كالمال والثاني انه لجميع الورثة الا لمن يرث بالزوجية لان الحد يجب لدفع العار ولا يلحق الزوج عار بعد الموت لانه لا تبقى زوجية والثالث انه يرثه العصبات دون غيرهم لانه حق ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح وان كان له وارثان فعفا أحدهما ثبت للآخر جميع الحد لانه جعل للردع ولا يحصل الردع الا بما جعله الله عز وجل للردع وان لم يكن له وارث فهو للمسلمين ويستوفيه السلطان

﴿فصل﴾ وان جن من له الحد أو التعزير لم يكن لوليه أن يطالب باستيفائه لانه حق يجب للتشفي ودرك الغيظ فأخر الى الافاقة كالقصاص وان قذف مملوكا كانت المطالبة بالتعزير للمملوك دون السيد لانه ليس بمال ولا له بدل هو مال فلم يكن للسيد فيه حق كفسخ النكاح اذا اعتقت الامة تحت عبد وان مات المملوك ففي التعزير ثلاثة أوجه أحدها انه يسقط لانه لا يستحق عنه بالارث فلا يستحق المولى لانه لو ملك بحق الملك لملك في حياته والثاني انه للمولى لانه حق ثبت للمملوك فكان المولى أحق به بعد الموت كمال المكاتب والثالث انه ينتقل الى عصباته لانه حق ثبت لنفي العار فكان عصباته أحق به

﴿فصل﴾ وان قذف جماعة نظرت فان كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناة كأهل بغداد لم يجب الحد لان الحد يجب لنفي العار ولا عار على المقذوف لانا نقطع بكذبه ويعزر للكذب وان كانت جماعة يجوز أن يكونوا كلهم زناة نظرت فان كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد وجب لكل واحد منهم حد وان قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان قال في القديم يجب حد واحد لان كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد كما لو قذف امرأة واحدة وقال في الجديد يجب لكل واحد منهم حد وهو الصحيح لانه ألحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو أفرد كل واحد منهم بالقذف فان قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على قولين كما لو قذف رجلين أو امرأتين ومنهم من قال يجب حد واحد قولا واحدا لان القذف ههنا بزنا واحد والقذف هناك بزناءين فان وجب عليه حد لاثنين فان وجب لاحدهما قبل الآخر وتشاحا قدم السابق منهما لان حقه أسبق وان وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معا وتشاحا أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وان قال لزوجته يا زانية بنت الزانية وهما محصنتان لزمه حدان ومن حضر منهما وطالبت بحدها حد لها وان حضرتا وطالبتا بحدهما ففيه وجهان أحدهما انه يبدأ بحد البنت لانه بدأ بقذفها والثاني وهو المذهب انه يبدأ بحد الأم لان حدها مجمع عليه وحد البنت مختلف فيه لان عند أبي حنيفة

(قوله تصدقت بعرضي) قال أبو بكر بن الانباري قال أبو العباس العرض موضع الذم والمدح من الانسان ومعناه أموره التي يرتفع بها أو يسقط بذكرها ومن جهتها يحمد أو يذم ويجوز أن يكون ذكر اسلافه لانه يلحقه النقيصة بعيبهم وقال ابن قتيبة عرض الرجل نفسه واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم أهل الجنة لا يبولون ولا يتغوطون انما هو عرق يخرج من أعراضهم مثل المسك أي أبدانهم واحتج بهذا الحديث المذكور تصدقت بعرضي أي بنفسي وأحللت من يغتابني قال ولو كان العرض الاسلاف لما جاز أن يحل من يغتابهم وله كلام يطول (قوله العار يلحق بالعشيرة) هم القبيلة (قوله لم يؤمن أن يحيف) الحيف الجور والظلم وقد ذكر مرارا وأصل التشفي من شفاه الله من المرض اذا زال عنه فكأنه يزول عنه ما يجد من الغيظ والحزن (قوله جعل للردع) الردع الكف ردعته فارتدع أي كففته فانكف

لايجب على الزوج بقذف زوجته حد ولان حد الام آكد لانه لايسقط الابالبينة وحد البنت يسقط بالبينة وباللعان فقدم آكدهما

﴿فصل﴾ وان وجب حدان على حر لاثنين حد لاحدهما ثم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الاول لان الموالاة بينهما تؤدى الى التلف وان كان الحدان على عبد ففيه وجهان أحدهما انه لايجوز الموالاة بينهما كما لو كانا على حر والثانى انه يجوز لان الحدين على العبد كالحد الواحد

﴿فصل﴾ وان قذف أجنبيا بالزنا فحد ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا عزر للأذى ولم يحد لان أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضى الله عنه ثم أعاد القذف وأراد أن يجلده فقال له علىّ كرم الله وجهه ان كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك فترك عمر رضى الله عنه جلده ولانه قد حصل التكذيب بالحد وان قذفه بزنا ثم قذفه بزنا آخر قبل أن يقام عليه الحد ففيه قولان أحدهما انه يجب عليه حدان لأنه من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون والثانى يلزمه حد واحد وهو الصحيح لانهما حدان من جنس واحد لمستحق واحد فتداخلا كما لو زنى ثم زنى وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا أضافه الى ماقبل اللعان ففيه وجهان أحدهما انه لايجب عليه الحد لان اللعان فى حق الزوج كالبينة ولو أقام عليها البينة ثم قذفها لم يلزمه الحد فكذلك اذا لاعنها والثانى أنه يجب عليه الحد لان اللعان انما يسقط احصانها فى الحالة التى يوجد فيها ومابعدها ومايسقط فيما تقدم فوجب الحد بمارماها به وان قذف زوجته وتلاعنا ثم قذفها أجنبى وجب عليه الحد لان اللعان يسقط الاحصان فى حق الزوج لانه بينة يختص بها فأما فى حق الاجنبى فهى باقية على احصانها فوجب عليه الحد بقذفها وان قذفها الزوج ولاعنها ولم تلاعن فحدت ثم قذفها الاجنبى بذلك الزنا ففيه وجهان أحدهما أنه لاحد عليه لانه قذفها بزنا حدت فيه فلم يجب كما لو أقيم عليها الحد بالبينة والثانى أنه يجب لان اللعان يختص به الزوج فزال به الاحصان فى حقه وبقى فى حق الاجنبى

﴿فصل﴾ اذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل لم يقم عليه الحد لان المستحق مجهول ولا يطالبه بتعيينه لقوله عزوجل لاتسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم ولان الحد يدرأ بالشبهة ولهذا قال صلى الله عليه وسلم لو سترته بثوبك ياهزال وان قال سمعت رجلا يقول ان فلانا زنى لم يحد لانه ليس بقاذف وانما هو حاك ولا يسأله عن القاذف لان الحد يدرأ بالشبهة وان قال زنى فلان فهل يلزم السلطان أن يسأل المقذوف فيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لانه قد ثبت له حق لايعلم به فلزم الامام اعلامه كما لو ثبت له عنده مال لايعلم به فعلى هذا ان سأل المقذوف فاكذبه وطالب بالحد حد وان صدقه حد المقذوف لان النبى صلى الله عليه وسلم قال يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها والوجه الثانى أنه لايلزم الامام اعلامه لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحد بالشبهات

﴿فصل﴾ اذا قذف محصنا وقال قذفته وأنا ذاهب العقل فان لم يعلم له حال جنون فالقول قول المقذوف مع يمينه أنه لايعلم انه مجنون لان الاصل عدم الجنون وان علم له حال جنون ففيه قولان بناء على القولين فى الملفوف اذا قده ثم اختلفا فى حياته أحدهما ان القول قول المقذوف لان الاصل السلامة والثانى ان القول قول القاذف لانه يحتمل ما يدعيه والاصل حمى الظهر ولان الحد يسقط بالشبهة والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ادرؤا الحدود مااستطعتم وان يخطئ الامام فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة

﴿فصل﴾ وان عرض بالقذف وادعى المقذوف أنه أراد قذفه وأنكر القاذف فالقول قوله لان مايدعيه محتمل والاصل براءة ذمته

(قوله حمى الظهر) أى منعه ومنه قولهم حمى المكان أى منعه وحمى المريض من الطعام منعه اياه

﴿فصل﴾ وان قال لمحصنة زنيت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة فان عرف أنها كانت نصرانية أو أمة لم يجب الحد لانه أضاف القذف الى حال هي فيها غير محصنة وان قال لها زنيت ثم قال أردت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة وقالت المقذوفة بل أردت قذفي في هذه الحال وجب الحد لان الظاهر أنه أراد قذفها في الحال فان قذف امرأة وادعى أنها مشركة أو أمة وادعت أنها أسلمت أو أعتقت فالقول قول القاذف لان الاصل بقاء الشرك والرق وان قذف امرأة وأقر أنها كانت مسلمة وادعى أنها ارتدت وانكرت المرأة ذلك فالقول قولها لان الاصل بقاؤها على الاسلام وان قذف مجهولة وادعى أنها أمة أو نصرانية وأنكرت المرأة ففيه طريقان ذكرناهما في الجنايات

﴿فصل﴾ وان ادعت المرأة على زوجها انه قذفها وأنكر فشهد شاهدان انه قذفها جاز أن يلاعن لان انكاره للقذف لا يكذب ما يلاعن عليه من الزنا لانه يقول انما أنكرت القذف وهو الرمي بالكذب وما كذبت عليها لاني صادق انها زنت فجاز أن يلاعن كما لو ادعى على رجل انه أودعه مالا فقال المدعى عليه مالك عندي شئ فشهد شاهدان انه أودعه فان له أن يحلف لان انكاره لا يمنع الايداع لانه قد يودعه ثم يتلف فلا يلزمه شئ

﴿ باب حد السرقة ﴾

ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الاسلام نصابا من المال الذي يقصد الى سرقته من حرز مثله لا شبهة له فيه وجب عليه القطع والدليل عليه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولان السارق يأخذ المال على وجه لا يمكن الاحتراز منه ولو لم يجب القطع عليه لأدى ذلك الى هلاك الناس بسرقة أموالهم ولا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ومن انتهب نهبة مشهورة فليس منا ولان المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة بالناس و بالسلطان فلم يحتج في ردعه الى القطع ولا يجب على من جحد أمانة أو عارية لانه يمكن أخذ المال منه بالحكم فلم يحتج الى القطع

﴿فصل﴾ ولا يجب على صبي ولا على مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق و روى ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتي بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها وهل يجب على السكران فيه قولان ذكرناهما في الطلاق ولا يجب على مكره لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان ما أوجب عقوبة الله عز وجل على المختار لم يوجب على المكره ككلمة الكفر ولا تجب على الحربي لانه لم يلتزم حكم الاسلام وهل يجب على المستأمن فيه قولان ذكرناهما في السير

﴿فصل﴾ ولا يجب فيما دون النصاب والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا فان سرق غير الذهب قوم بالذهب لان النبي صلى الله عليه وسلم قدر النصاب بالذهب فوجب أن يقوم غيره به وان سرق ربع مثقال من الخلاص وقيمته دون ربع دينار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي علي بن أبي هريرة انه لا يقطع لان النبي صلى الله عليه وسلم نص على ربع دينار وهذا قيمته دون ربع دينار والثاني وهو قول عامة أصحابنا انه يقطع لان الخلاص يقع عليه اسم الدينار وان لم ينصرف لانه يقال دينار خلاص كما يقال دينار قراضة وان نقب اثنان حرزا وسرقا نصابين قطعا لان كل واحد منهما سرق نصابا وان أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيأ قطع الذي أخرج

﴿ ومن باب حد السرقة ﴾ السارق الذي يأخذ الشئ على وجه الاستخفاء بحيث لا يعلم به المسروق منه مأخوذ من مسارقة النظر ومنه قوله تعالى الا من استرق السمع والمنتهب الذي يأخذ بالقهر والغلبة مع العلم به وأصل النهب الغنيمة والانتهاب الافتعال من ذلك والمختلس الذي يأخذ الشئ عيانا ثم يهرب مثل أن يمد يده الى منديل انسان فيأخذه هكذا ذكره في البيان (قوله نصابا من المال) النصاب الاصل ومنه قولهم كريم النصاب وقد ذكر في الزكاة (قوله من الخلاص) الخلاص بالكسر ما أخلصته النار من الذهب ومثله الخلاصة وهو الذي أخلص ولم يضرب والتبر غير مخلص

دون الآخر لانه هو الذي انفرد بالسرقة فان اشتركا في سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما وقال أبو ثور يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان في القتل وجب القصاص عليهما وهذا خطأ لان كل واحد منهما لم يسرق نصابا و يخالف القصاص فانا لو لم نوجب على الشريكين جعل الاشتراك طريقا الى اسقاط القصاص وليس كذلك السرقة فانا اذا لم نوجب القطع على الشريكين في سرقة نصاب لم يصر الاشتراك طريقا الى اسقاط القطع لانهما لا يقصدان الى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما فاذا اشتركا في نصابين أوجبنا القطع واذا نقب حرزا وسرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمنا آخر ففيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبي العباس انه يجب القطع لانه سرق نصابا من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه في دفعة واحدة والثاني وهو قول أبي اسحاق انه لا يجب القطع لانه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك والثالث وهو قول أبي علي بن خيران انه ان عاد وسرق الثمن الثاني بعدما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لانه سرق من حرز اشتهر خرابه وان سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع لانه سرق من قبل ظهور خرابه

﴿فصل﴾ ولا يجب القطع فيما سرق من غير حرز لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رجلا من مزينة قال يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل قال ليس في شيء من الماشية قطع الا ما أواه المراح وليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما أواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع فاسقط القطع في الماشية الا ما أواه المراح وفي الثمر المعلق الا ما أواه الجرين فدل على أن الحرز شرط في ايجاب القطع ويرجع في الحرز الى ما يعرفه الناس حرزا فما عرفوه حرزا قطع بالسرقة منه وما لا يعرفونه حرزا لم يقطع بالسرقة منه لان الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه الى العرف كالقبض والتفرق في البيع واحياء الموات فان سرق مالا مثمنا كالذهب والفضة والخز والقز من البيوت أو الخانات الحريزة والدور المنيعة في العمران ودونها أغلاق وجب القطع لان ذلك حرز مثله وان لم يكن دونها أغلاق فان كان في الموضع حافظ مستيقظ وجب القطع لانه محرز به وان لم يكن حافظ أو كان فيه حافظ نائم لم يجب القطع لانه غير محرز فان سرق من بيوت في غير العمران كالرباطات التي في البرية والجواسق التي في البساتين فان لم يكن فيها حافظ لم تقطع مغلقا كان الباب أو مفتوحا لان المال لا يحرز فيه من غير حافظ وان كان فيها حافظ فان كان مستيقظا قطع السارق مغلقا كان الباب أو مفتوحا لانه محرز به وان كان نائما فان كان مغلقا قطع لانه محرز وان كان مفتوحا لم يقطع لانه غير محرز وان سرق متاع الصيادلة والبقالين من دكاكين في الاسواق ودونها أغلاق أو درابات وعليها قفل أو سرق أواني الخزف ودونها شرائح قصب فان كان الأمن ظاهرا قطع السارق لان ذلك حرز مثله وان قل الامن فان كان في السوق حارس قطع لانه محرز به وان لم يكن حارس لم يقطع لانه غير محرز وان سرق باب دار أو دكان قطع لان حرزه بالنصب وان سرق حلقة الباب وهي مسمرة فيه قطع لانها محرزة بالتسمير في الباب وان سرق آجرا من حائط قطع لانه محرز بالتشريج في البناء وان سرق طعاما أو دقيقا في غرائر في موضع البيع [illegible]

كما يقال قتيل بمعنى مقتول وسمي السارق حارسا (قوله ليس في الثمر المعلق قطع الا ما أواه الجرين) المعلق ما دام على النخلة فهو معلق على القنو والجرين موضع يجفف فيه الثمر وهو الجرن أيضا ويسمى أيضا المربد والبيدر والابدر والمجن الترس لانه يجن أي يستر والجمع المجان بالفتح وأصله مجانن بوزن مفاعل فادغم ومنه الحديث كأن وجوههم المجان المطرقة (قوله وان سرق مالا مثمنا) يقال شيء مثمن وثمين أي مرتفع الثمن لا يباع الا بالثمن الكثير والخانات جمع خان حيث يبيع التجار والخان أيضا موضع ينزله المسافرون (قوله ودونها أغلاق) جمع غلق وهو المغلاق الذي يغلق به الباب معروف ويقال الغلوق أيضا بالضم والرباطات جمع رباط وهو ما يسكنه النساك والعباد والجواسق جمع جوسق وهو منظر يكون في البساتين والجوسق القصر أيضا (قوله متاع الصيادلة) هم الذين يبيعون العقاقير والادوية [illegible] كثير (قوله ودونها أغلاق ودرابات) هي شبك من حديد [illegible] (قوله شرائح قصب) جمع شريحة وهي نسيج من قصب بعد أن يشق يكون مشبكا مثل شريحة اللحم [illegible] وسميت [illegible] واستوائها يقال شبه شرحا شرحا وهو منه قال ابن يوسف بن عمر شريح [illegible] التشريج الشيء بالشيء مداخلته وتشريج العيبة مداخلة عراها

على المنصوص فمن أصحابنا من قال ان كان فى موضع مأمون فى وقت الامن فيه ظاهر ولم يمكن أخذ شئ منه الا بحل رباطه أوفتق طرفه قطع لان العادة تركها فى موضع البيع ومن أصحابنا من قال لا يقطع الا أن يكون فى بيت دونه باب مغلق والذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى غير العراق وان سرق حطبا شد بعضه الى بعض بحيث لا يمكن أن يسل منه شئ الا بحل رباطه قطع لانه محرز بالشد وان كان متفرقا لم يقطع لانه غير محرز ومن أصحابنا من قال لا يقطع الا أن يكون فى بيت دونه باب مغلق مجتمعا كان أو متفرقا وان سرق أجزاعا ثقالا مطروحة على أبواب المساكن قطع لان العادة فيها تركها على الابواب

(فصل) وان نبش قبرا وسرق منه الكفن فان كان فى برية لم يقطع لانه ليس بحرز للكفن وانما يدفن فى البرية للضرورة وان كان فى مقبرة تلى العمران قطع لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ومن نبش قطعناه ولان القبر حرز للكفن وان كان الكفن أكثر من خمسة أثواب فسرق مازاد على الخمسة لم يقطع لان مازاد على الخمسة ليس بمشروع فى الكفن فلم يجعل القبر حرزا له كالكيس المدفون معه وان أكل السبع الميت وبقى الكفن ففيه وجهان أحدهما انه ملك للورثة يقسم عليهم وهو قول أبى على بن أبى هريرة وأبى على الطبرى لان ذلك المال ينتقل اليهم بالارث وانما اختص الميت بالكفن للحاجة وقد زالت الحاجة فرجع اليهم والثانى انه لبيت المال لانهم لم يرثوه عند الموت فلم يرثوه بعده

(فصل) وان نام رجل على ثوب فسرقه سارق قطع لما روى صفوان بن أمية قدم المدينة فنام فى المسجد متوسدا رداءه فجاءه سارق فاخذ رداءه من تحت رأسه فأخذ صفوان السارق فجاء به النبى صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع يده فقال صفوان انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتينى به ولانه محرز به وان زحف عنه فى النوم فسرق لم يقطع لانه زال الحرز فيه وان ضرب فسطاطا وترك فيه مالا فسرق وهو فيه أو على بابه نائم أومستيقظ قطع لان عادة الناس احراز المتاع فى الخيم على هذه الصفة وان لم يكن صاحبه معه لم يقطع السارق لانه لا يترك الفسطاط بلا حافظ

(فصل) وان كان ماله بين يديه وهو ينظر اليه فتغفله رجل وسرق ماله قطع لانه سرق من حرزه وان نام أواشتغل عنه أوجعله خلفه بحيث تناله اليد فسرق لم يقطع لانه سرقه من غير حرز وان علق الثياب فى الحمام ولم يأمر الحامى بحفظها فسرقت لم يضمن الحامى لانه لا يلزمه حفظها ولا يقطع السارق لانه سرق من غير حرز لان الحمام مستطرق وان أمر الحامى بحفظها فسرقت فان كان الحامى مراعيا لها لم يضمن لانه لم يفرط ويقطع السارق لانه سرق من حرز وان نام الحامى أوتشاغل عن الثياب فسرقت ضمن الحامى لانه فرط فى الحفظ ولم يقطع السارق لانه سرق من غير حرز

(فصل) فان سرق ماشية من المرعى نظرت فان كان الراعى ينظر اليها ويبلغها صوته اذا زجرها قطع السارق لانها فى حرز وان سرق والراعى نائم أوسرق منها ما غاب عن عينه بحائل لم يقطع لان الحرز بالحفظ ومالا يراه غير محفوظ وان سرق مالا يبلغها صوته لم يقطع لانها تجتمع وتفترق بصوته واذا لم يبلغها صوته لم تكن فى حفظ فلم يجب القطع بسرقته وان سرق ماشية سائرة أوجمالا مقطرة فان كان خلفها سائق ينظر اليها جميعها ويبلغها صوته اذا زجرها قطع لانها محرزة به وان سرق منه ما غاب عن عينه أومالم يبلغه صوته لبعده لم يقطع لما ذكرناه فى الراعية وان كان مع الجمال قائد اذا التفت نظر الى جميعها ويبلغها صوته اذا زجرها وأكثر الالتفات اليها قطع لانها محرزة بالقائد وان سرق مالا ينظر اليه اذا التفت أولا يبلغه صوته أولا يكثر الالتفات اليه لم يقطع لانه سرق من غير حرز وان كانت الجمال باركة

(قوله وان زحف عنه) أى تزحل وانسل قليلا قليلا من زحف الصبى على الارض قبل أن يمشى والفسطاط قد ذكر والمحجن عود معقف الطرف وأصله من الحجن بالتحريك وهو الاعوجاج

فان كان صاحبها ينظر اليها قطع السارق لانها محرزة بحفظه وان سرق وصاحبها نائم فان كانت غير معقلة لم يقطع لانها غير محرزة وان كانت معقلة قطع لان عادة الجمال اذا نام أن يعقلها وان كان على الجمال أحمال كان حرزها كحرز الجمال لان العادة ترك الاحمال على الجمال

﴿فصل﴾ ولا يجب القطع الا بان يخرج المال من الحرز بفعله فان دخل الحرز ورمى المال الى خارج الحرز أو نقب الحرز وأدخل يده أو محجنا معه فاخرج المال قطع وان دخل الحرز وأخذ المال ودفعه الى آخر خارج الحرز قطع لانه هو الذي أخرجه فان أخرجه ولم يأخذ منه الآخر فرده الى الحرز لم يسقط القطع لانه وجب القطع بالاخراج فلم يسقط بالرد وان بط جيبه أو كمه فوقع منه المال أو نقب حرزا فيه طعام فانثال قطع لانه خرج بفعله وان كان فى الحرز ماء جار فترك فيه المال حتى خرج الى خارج الحرز قطع لانه خرج بسبب فعله وان تركه فى ماء راكد فحركه حتى خرج المال قطع لما ذكرناه وان حركه غيره لم يقطع لانه لم يخرج المال بفعله وان انفجر الماء وخرج المال ففيه وجهان أحدهما انه يقطع لانه سبب لخروجه والثانى انه لا يقطع لان خروجه بالانفجار الحادث من غير فعله وان وضع المال فى النقب فى وقت هبوب الريح فاطارته الريح الى خارج الحرز قطع كما لو تركه فى ماء جار وان وضعه ولا ريح ثم هبت ريح فاخرجته ففيه وجهان كما قلنا فيما تركه فى ماء راكد فانفجر الماء فخرج به فان وضع المال على حمار ثم قاده أو ساقه حتى خرج من الحرز قطع لانه خرج بسبب فعله وان خرج الحمار من غير سوق ولا قود ففيه وجهان أحدهما انه يقطع لان عادة البهائم اذا أثقلها الحمل ان تسير والثانى انه لا يقطع لانه سار باختياره وان نقب الحرز وأمر صغيرا لا يميز باخراج المال من الحرز فاخرجه قطع لان الصغير كالآلة وان دخل الحرز وأخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لانه استهلكها فى الحرز ولهذا يجب عليه قيمتها فلم يقطع كما لو أخذ طعاما فأكله والثانى أنه يقطع لانه أخرجه من الحرز فى وعاء فاشبه اذا جعلها فى جيبه ثم خرج وان أخذ طيبا فتطيب به ثم خرج فان لم يمكن أن يجتمع منه قدر النصاب لم يقطع لانه استهلكه فى الحرز فصار كما لو كان طعاما فأكله وان أمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لان استعمال الطيب اتلاف له فصار كالطعام اذا أكله فى الحرز والثانى أنه يقطع لان عينه باقية ولهذا يجوز صاحبه أن يطالبه برده

﴿فصل﴾ ولا يجب القطع حتى ينفصل المال عن جميع الحرز فان سرق جذعا أو عمامة فلم ينفصل الجميع من الحرز لم يقطع لانه لا ينفرد بعضه عن بعض ولهذا لو كان فى طرف منه نجاسة لم تصح صلاته فيه فلم يجب قطع فيما بقى من الحرز لم يجب فيما خرج منه وان نقب رجلان حرزا فأخذ أحدهما المال ووضعه على باب النقب وأخذه الآخر ففيه قولان أحدهما انه يجب عليهما القطع لانا لو لم نوجب القطع عليهما لصار هذا طريقا الى اسقاط القطع والثانى أنه لا يقطع واحد منهما وهو الصحيح لان كل واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز وان نقب أحدهما الحرز ودخل الآخر وأخرج المال ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالمسألة قبلها ومنهم من قال لا يجب القطع قولا واحدا لان أحدهما نقب ولم يخرج المال والآخر أخرج المال من غير حرزه

﴿فصل﴾ وان فتح مراحا فيه غنم فحلب من ألبانها قدر النصاب وأخرج قطع لان الغنم مع ألبانها فى حرز واحد فصار كما لو سرق نصابا من حرزين فى بيت واحد

﴿فصل﴾ فان دخل السارق الى دار فيها مساكن منفردة لكل [illegible] بيت مقفل [illegible] فأخرج المال الى صحن الدار قطع لانه أخرج المال من حرزه [illegible] [illegible] سرق مالا من بيت فى الدار [illegible] [illegible] بيت محرز [illegible]

(قوله طعام فانثال) أى انصب (قوله فان سرق جذعا) أراد الخشبة التى يبنى بها وأصله جذع النخل وصحن الدار وسطها

دون الدار وان كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مفتوحا لم يقطع لان المال غير محرز وان كان باب البيت مغلقا وباب الدار مغلقا ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لان البيت حرز لما فيه فقطع كما لو كان باب الدار مفتوحا والثانى أنه لا يقطع لان البيت المغلق فى دار مغلقة حرز فى حرز فلم يقطع بالاخراج من أحدهما كما لو كان فى بيت مقفل صندوق مقفل فاخرج المال من الصندوق ولم يخرجه من البيت

(فصل) وان سرق الضيف من مال المضيف نظرت فان سرقه من مال لم يحرزه عنه لم يقطع لما روى أبو الزبير عن جابر قال أضاف رجل رجلا فانزله فى مشربة له فوجد متاعا له قد اختانه فيه فاتى به أبا بكر رضى الله عنه فقال خل عنه فليس بسارق وانما هى أمانة اختانها ولانه غير محرز عنه فلم يقطع فيه وان سرق من بيت مقفل قطع لما روى محمد بن حاطب أو الحارث أن رجلا قدم المدينة فكان يكثر الصلاة فى المسجد وهو أقطع اليد والرجل فقال له أبو بكر رضى الله عنه ماليلك بليل سارق فلبثوا ماشاء الله ففقدوا حليا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق أهل هذا البيت الصالح فمر رجل بصائغ فرأى عنده حليا فقال ما أشبه هذا الحلى بحلى آل أبى بكر فقال للصائغ ممن اشتريته فقال من ضيف أبى بكر فاخذ فاقر فجعل أبو بكر رضى الله عنه يبكى فقالوا ما يبكيك من رجل سرق فقال أبكى لغرته بالله تعالى فامر به فقطعت يده ولان البيت المغلق حرز لما فيه فقطع بالسرقة منه

(فصل) ولا يجب القطع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر والسرجين سواء سرقه من مسلم أو من ذمى لان القطع جعل لصيانة الاموال وهذه الاشياء ليست بمال فان سرق اناء يساوى نصابا فيه خمر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لان ما فيه تجب اراقته ولا يجوز اقراره فيه والثانى أنه يقطع لان سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه كما لو سرق اناء فيه بول

(فصل) وان سرق صنما أو بربطا أو مزمارا فان كان اذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع لانه لا قيمة لما فيه من التأليف وان كان اذا فصل يصلح لمنفعة مباحة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يقطع لانه مال يقوم على متلفه والثانى أنه لا يقطع لانه آلة معصية فلم يقطع بسرقته كالخمر والثالث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة رحمه الله أنه ان أخرجه مفصلا قطع لزوال المعصية وان أخرجه غير مفصل لم يقطع لبقاء المعصية وان سرق أوانى الذهب والفضة قطع لانها تتخذ للزينة لا للمعصية

(فصل) وان سرق حرا صغيرا لم يقطع لانه ليس بمال وان سرقه وعليه حلى بقدر النصاب ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لانه قصد سرقة ما عليه من المال والثانى أنه لا يقطع لان يده ثابتة على ما عليه ولهذا لو وجد لقيطا ومعه مال كان المال له فلم يقطع كما لو سرق جملا وعليه صاحبه وان سرق أم ولد نائمة ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لانها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الاموال والثانى أنه لا يقطع لان معنى المال فيها ناقص لانه لا يمكن نقل الملك فيها وان سرق عينا موقوفة على غيره ففيه وجهان كالوجهين فى أم الولد وان سرق من غلة وقف على غيره قطع لانه مال يباع ويبتاع وان سرق الماء ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لانه يباع ويبتاع والثانى أنه لا يقطع لانه لا يقصد الى سرقته لكثرته

(فصل) ولا يقطع فيما له فيه شبهة لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات فان سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى أن عاملا لعمر رضى الله عنه كتب اليه يسأله عمن سرق من مال بيت المال قال لا تقطعه فما من أحد الا وله فيه حق وروى الشعبى أن رجلا سرق من بيت المال فبلغ عليا كرم الله وجهه فقال ان له فيه سهما ولم يقطعه وان سرق ذمى من بيت المال قطع لانه لا حق له فيه وان كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقه سارق قطع لان بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين وان سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع لان له فيه حقا وان سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع لان له فيه حقا وان سرق منه غنى قطع لانه لا حق له فيها

(قوله أنزله فى مشربة) المشربة الغرفة وهى العلوة بلغة أهل اليمن قال الله تعالى لهم غرف من فوقها غرف (قوله أبكى لغرته بالله) الغرة ههنا الغفلة وقلة التجربة يقال رجل غر اذا لم يجرب الامور والغار الغافل أيضا والاسم الغرة (قوله وان سرق صنما أو بربطا أو مزمارا) الصنم ما كان على صورة حيوان والبربط من آلات اللهو قيل انه عود الغناء وقيل غيره (قوله وان سرق رتاج الكعبة) الرتاج الباب لانه يرتج أى يسد (قوله سرق قبطية) هى عباءة منسوبة الى القبط وهم جنس من العجم بمصر منهم فرعون مصر تازير المسجد هو تزيين حائط بألوان الاصباغ وقد يكون بالذهب

(فصل

﴿فصل﴾ وان سرق رتاج الكعبة أو باب المسجد أو تأزيره قطع لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قطع سارقا سرق قبطية من منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه مال محرز بحرز مثله لا شبهة له فيه وان سرق مسلم من قناديل المسجد أو من حصره لم يقطع لأنه جعل ذلك لمنفعة المسلمين والسارق فيها حق وان سرقه ذمى قطع لأنه لا حق له فيها

﴿فصل﴾ ومن سرق من ولده أو ولد ولده وان سفل أو من أبيه أو من جده وان علا لم يقطع وقال أبو ثور يقطع لقوله عز وجل والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما فعم ولم يخص وهذا خطأ لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وللأب شبهة فى مال الابن وللابن شبهة فى مال الأب لأنه جعل ماله كماله فى استحقاق النفقة ورد الشهادة فيه والآية نخصها بما ذكرناه ومن سرق ممن سواهما من الأقارب قطع لأنه لا شبهة له فى ماله ولا يقطع العبد بسرقة مال مولاه وقال أبو ثور يقطع لعموم الآية وهذا خطأ لما روى السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرمى فقال ان غلامى هذا سرق فاقطع يده فقال عمر ما سرق فقال مرآة امرأتى فقال له أرسله خادمكم أخذ متاعكم ولكن لو سرق من غيركم قطع ولأن يده كيد المولى بدليل أنه لو كان بيده مال فادعاه رجل كان القول فيه قول المولى فيصير كأنه نقل ماله من زاوية داره الى زاوية أخرى ولأن له فى ماله شبهة فى استحقاق النفقة فلم يقطع كالأب والابن وان سرق من غيره قطع لقول عمر رضى الله عنه ولأنه لا شبهة له فى مال غيره وان سرق أحد الزوجين من الآخر ما هو محرز عنه ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع فى السرقة كالاجارة والثانى أنه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج والزوج يملك أن يحجر عليها ويمنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء فصار ذلك شبهة والثالث أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج لأن للزوجة حقا فى مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حق فى مالها ومن لا يقطع من الزوجين بسرقة مال الآخر لا يقطع عبده بسرقة ماله لقول عمر رضى الله عنه فى سرقة غلام الحضرمى الذى سرق مرآة امرأته أرسله ولا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم ولأن يد عبده كيده فكانت سرقته من ماله كسرقته

﴿فصل﴾ وان كان له على رجل دين فسرق من ماله فان كان جاحدا له أو مماطلا لم يقطع لأن له أن يتوصل الى أخذه بدينه وان كان مقرا مليا قطع لأنه لا شبهة له فى سرقته وان غصب مالا فأحرزه فى بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابا من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يقطع لأنه هتك حرزا كان له هتكه لأخذ ماله والثانى أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب والثالث أنه ان كان ما سرقه متميزا عن ماله قطع لأنه لا شبهة له فى سرقته وان كان مختلطا بماله لم يقطع لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه فلم يقطع وان سرق الطعام عام المجاعة نظرت فان كان الطعام موجودا قطع لأنه غير محتاج الى سرقته وان كان معدوما لم يقطع لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لا قطع فى عام المجاعة أو السنة ولأن له أن يأخذه فلم يقطع فيه

﴿فصل﴾ وان نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق منها مال المستأجر قطع لأنه لا شبهة له فى ماله وقد هتك حرزه وان نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مال المستعير ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأن له أن يرجع فى العارية فجعل النقب رجوعا والثانى أنه يقطع وهو المنصوص لأنه حرزه بحق فأشبه اذا نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق مال المستأجر وان غصب رجل دارا وأحرز فيها ماله فجاء من سرقه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأنه حرز لم يرض به مالكه والثانى أنه يقطع لأنه سرق مالا لا شبهة له فيه من حرز مثله

(قوله من زاوية الى زاوية) زويت الشئ جمعته وقبضته وفى الحديث زويت لى الارض أى جمعت فكأنها تجمع الشئ وتقبضه (قوله وان سرق الطعام عام المجاعة) هى مفعلة من الجوع وأصلها مجوعة فنقلت فتحة الواو الى ما قبلها ثم قلبت ألفا ويقال مجوعة بفتح الواو من غير قلب (قوله السنة) هى الجدب والقحط يقال أصابتهم سنة أى قحط

﴿فصل﴾ وان وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق بعد ما رفع الى السلطان لم يسقط القطع لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر فى سارق رداء صفوان أن يقطع يده فقال صفوان انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتينى به ولان ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة فى الوجوب فلم يؤثر فى الحد كما لو زنى وهو عبد فصار حرا قبل أن يحد أو زنى وهو بكر فصار ثيبا قبل أن يحد وان سرق عينا قيمتها ربع دينار فنقصت قيمتها قبل أن يقطع لم يسقط القطع لما ذكرناه وان ثبتت السرقة بالبينة فاقر المسروق منه بالملك للسارق أو قال كنت أبحته له سقط القطع لانه يحتمل أن يكون صادقا فى اقراره وذلك شبهة فلم يجب معها الحد وان ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهبه منه أو اباحه له وأنكر المسروق منه ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه فى حق المسروق منه لانه خلاف الظاهر بل يجب تسليم المال اليه وأما القطع فالمنصوص أنه لا يجب لانه يجوز أن يكون صادقا وذلك شبهة فمنعت وجوب الحد وذكر أبو اسحق وجها آخر أنه يقطع لانا لو أسقطنا القطع بدعواه أفضى الى أن لا يقطع سارق وهذا خطأ لانه يبطل به اذا ثبت عليه الزنا بامرأة وادعى زوجيتها فانه يسقط الحد وان أفضى ذلك الى اسقاط حد الزنا وان ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب فالمنصوص فى السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فيدعى وقال فيمن قامت البينة عليه أنه زنى بأمة ومولاها غائب أنه يحد ولا ينتظر حضور المولى فاختلف أصحابنا فيه على ثلاثة مذاهب أحدها وهو قول أبى العباس بن سريج رحمه الله أنه لا يقام عليه الحد فى المسئلتين حتى يحضر وما روى فى حد الزنا سهو من الناقل ووجهه أنه يجوز أن يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد بان يقول المسروق منه كنت أبحته له ويقول مولى الامة كنت وقفتها عليه والحد يدرأ بالشبهة فلا يقام عليه قبل الحضور والثانى وهو قول أبى اسحق أنه ينقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى فيكون فى المسئلتين قولان أحدهما أنه لا يحد لجواز أن يكون عند الغائب شبهة والثانى أنه يحد لانه وجب الحد فى الظاهر فلا يؤخر والثالث وهو قول أبى الطيب بن سلمة وأبى حفص بن الوكيل أنه يحد الزانى ولا يقطع السارق على ما نص عليه لان حد الزنا لا تمنع الاباحة من وجوبه والقطع فى السرقة تمنع الاباحة من وجوبه وان ثبتت السرقة والزنا بالاقرار فهو كما لو ثبتت بالبينة فيكون على ما تقدم من المذاهب ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يقطع السارق ويحد الزانى فى الاقرار وجها واحدا والصحيح أنه كالبينة واذا قلنا انه ينتظر قدوم الغائب ففيه وجهان أحدهما أنه يحبس لانه قد وجب الحد وبقى الاستيفاء فحبس كما يحبس من عليه القصاص الى أن يبلغ الصبى ويقدم الغائب والثانى أنه ان كان السفر قريبا حبس الى أن يقدم الغائب وان كان السفر بعيدا لم يحبس لان فى حبسه اضرارا به والحق لله عز وجل فلم يحبس لاجله

﴿فصل﴾ واذا ثبت الحد عند السلطان لم يجز العفو عنه ولا تجوز الشفاعة فيه لما روت عائشة رضى الله عنها قالت أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق قد سرق فأمر به فقطع فقيل يا رسول الله ما كنا نراك تبلغ به هذا قال لو كانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وروى عروة قال شفع الزبير فى سارق فقيل حتى يبلغ السلطان قال اذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان حد لله فلا يجوز فيه العفو والشفاعة

﴿فصل﴾ واذا وجب القطع قطعت يده اليمنى فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا قطعت يده اليسرى فان سرق رابعا قطعت رجله اليمنى لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى السارق وان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق

(قوله فهلا قبل أن يأتينى به) معناه فهلا عفوت عنه قبل أن تأتينى فحذف اختصارا

فاقطعوا رجله وان سرق خامسا لم يقتل لان النبي صلى الله عليه وسلم بين في حديث أبي هريرة ما يجب عليه في أربع مرات فلو وجب في الخامسة قتل لبين ويعزر لانه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فعزر فيها

﴿فصل﴾ وتقطع اليد من مفصل الكف لما روى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولان البطش بالكف وما زاد من الذراع تابع ولهذا تجب الدية فيه ويجب فيما زاد الحكومة وتقطع الرجل من مفصل القدم وقال أبو ثور تقطع الرجل من شطر القدم لما روى الشعبي قال كان على عليه السلام يقطع الرجل من شطر القدم ويترك له عقبا ويقول أدع له ما يعتمد عليه والمذهب ما ذكرناه والدليل عليه ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقطع القدم من مفصلها ولان البطش بالقدم ويجب فيها الدية فوجب قطعه

﴿فصل﴾ وان سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى فان كانت له يمين عند السرقة فذهبت بآكلة أو جناية سقط الحد ولم ينتقل الحد الى الرجل والفرق بين المسئلتين انه اذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضو الذي يقطع بعدها واذا سرق وله يمين تعلق القطع بها فاذا ذهبت زال ما تعلق به القطع فسقط وان سرق وله يد ناقصة الاصابع قطعت لان اسم اليد يقع عليها وان لم يبق غير الراحة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع وينتقل الحد الى الرجل لانه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها ولهذا لا يضمن بأرش مقدر فصار كما لو لم يبق منها شئ والثاني أنه يقطع ما بقي لانه بقي جزء من العضو الذي تعلق به القطع فوجب قطعه كما لو بقيت أنملة فان سرق وله يد شلاء فان قال أهل الخبرة انها اذا قطعت انسدت عروقها قطعت وان قالوا لا تنسد عروقها لم تقطع لان قطعها يؤدى الى أن يهلك

﴿فصل﴾ واذا قطع فالسنة أن يعلق العضو في عنقه ساعة لما روى فضالة بن عبيد قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فأمر به فقطعت يده ثم أمر فعلقت في رقبته ولان في ذلك ردعا للناس ويحسم موضع القطع لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع فأتى به فقال تب الى الله تعالى فقال تبت الى الله تعالى فقال تاب الله عليك والحسم هو أن يغلى الزيت غليا جيدا ثم يغمس فيه موضع القطع لتنحسم العروق وينقطع الدم فان ترك الحسم جاز لانها مداواة فجاز تركها وثمن الزيت وأجرة القاطع فهو في بيت المال لانه من المصالح فان قال أنا أقطع بنفسي ففيه وجهان أحدهما انه لا يمكن كما لا يمكن في القصاص والثاني انه يمكن لان الحق لله تعالى والقصد به التنكيل وذلك قد يحصل بفعله بخلاف القصاص فانه يجب للآدمى للتشفي فكان الاستيفاء اليه

﴿فصل﴾ وان وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره فاعتقد انها يمينه أو اعتقد ان قطعها يجزئ عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أنه يجزئه عن اليمين لان الحق لله تعالى ومبناه على المساهلة فقامت اليسار فيه مقام اليمين والثاني انه لا يجزئه لانه قطع غير العضو الذي تعلق به القطع فعلى هذا ان كان القاطع تعمد قطع اليسار وجب عليه القصاص في يساره وان قطعها وهو يعتقد انها يمينه وقطعها وهو يعتقد أن قطعها يجزئه عن اليمين وجب عليه نصف الدية

﴿فصل﴾ اذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما الآخر لان الضمان يجب لحق الآدمى والقطع يجب لله تعالى فلا يمنع أحدهما الآخر كالدية والكفارة

﴿باب حد قاطع الطريق﴾

من شهر السلاح وأخاف السبيل في مصر أو برية وجب على الامام طلبه لانه اذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به في قتل النفوس وأخذ الاموال فان وقع قبل أن يأخذ المال ويقتل عزر على حسب ما يراه السلطان لانه تعرض للدخول في معصية عظيمة فعزر كالمتعرض للسرقة بنقب

(قوله يقطع من الكوع) هو العظم الذي يلي الابهام من الرسغ ويحسم موضع القطع أصل الحسم القطع حسمه فانحسم وأراد قطع الدم قطعه وحسمه وفي الحديث اقطعوه ثم احسموه أي اكووه لينقطع الدم والقصد به التنكيل أي التعذيب

﴿ومن باب حد قاطع الطريق﴾

(قوله من شهر السلاح) أي سله وأخرجه من غمده وأخاف السبيل أي الطريق والمصر البلد العظيم (قوله قويت شوكته) الشوكة شدة البأس والحدة في السلاح وقد شاك يشاك شوكا أي ظهرت شوكته وحدته

والتعرض للزنا بالقبلة وان أخذ نصابا محرزا بحرز مثله ممن يقطع بسرقة ماله وجب عليه قطع يده اليمنى ورجله اليسرى لما روى الشافعي عن ابن عباس أنه قال في قطاع الطريق اذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ونفيهم اذا هربوا أن يطلبوا حتى يؤخذوا وتقام عليهم الحدود لانه ساوى السارق في أخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه في قطع اليد وزاد عليه باخافة السبيل بشهر السلاح فغلظ بقطع الرجل فان لم يكن له اليد اليمنى وله الرجل اليسرى قطع الرجل لان الحد تعلق بهما فاذا فقد أحدهما تعلق الحد بالباقي كما قلنا في السارق اذا كانت له يد ناقصة الاصابع وان لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى انتقل القطع الى اليد اليسرى والرجل اليمنى لان ما يبدأ به معدوم فتعلق الحد بما بعده وان أخذ دون النصاب لم يقطع وخرج أبو علي بن خيران قولا آخر انه لا يعتبر النصاب كما لا يعتبر التكافؤ في القتل في المحاربة في أحد القولين وهذا خطأ لانه قطع يجب باخذ المال فشرط فيه النصاب كالقطع في السرقة فان أخذ المال من غير حرز بان انفرد عن القافلة أو أخذ من جمال مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع لانه قطع يتعلق باخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة

﴿فصل﴾ وان قتل ولم يأخذ المال انحتم قتله ولم يجز لولي الدم العفو عنه لما روى ابن عباس رضي الله عنه قال نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم ان من قتل ولم يأخذ المال قتل والحد لا يكون الا حتما ولان ما أوجب عقوبة في غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كأخذ المال يغلظ بقطع الرجل وان جرح جراحة توجب القود فهل يتحتم القود فيه قولان أحدهما أنه يتحتم لان ما أوجب القود في غير المحاربة انحتم القود فيه في المحاربة كالقتل والثاني انه لا يتحتم لانه تغليظ لا يتبعض في النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة

﴿فصل﴾ وان قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن أصحابنا من قال يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت وحكى أبو العباس بن القاص في التلخيص عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال يصلب ثلاثا قبل القتل ولا يعرف هذا للشافعي والدليل على أنه يصلب بعد القتل قوله صلى الله عليه وسلم اذا قتلتم فأحسنوا القتلة وان كان الزمان باردا أو معتدلا صلب بعد القتل ثلاثا وان كان الحر شديدا وخيف عليه التغير قبل الثلاث حط وغسل وكفن وصلي عليه وقال أبو علي بن أبي هريرة رحمه الله يصلب الى أن يسيل صديده وهذا خطأ لان في ذلك تعطيل أحكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة والدفن وان مات فهل يصلب فيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله انه لا يصلب لان الصلب تابع للقتل وصفة له وقد سقط القتل فسقط الصلب والثاني وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله أنه يصلب لانهما حقان فاذا تعذر أحدهما لم يسقط الآخر

﴿فصل﴾ وان وجب عليه الحد ولم يقع في يد الامام طلب الى أن يقع فيقام عليه الحد لقوله عز وجل أو ينفوا من الارض وقد روينا عن ابن عباس أنه قال ونفيهم اذا هربوا أن يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود

﴿فصل﴾ ولا يجب ما ذكرناه من الحد الا على من باشر القتل أو أخذ المال فأما من حضر ردأ لهم أو عينا فلا يلزمه الحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق ويعزر لانه أعان على معصية فعزر وان قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال وجب على من قتل القتل وعلى من أخذ المال القطع لان كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده

﴿فصل﴾ اذا قطع قاطع الطريق اليد اليسرى من رجل وأخذ المال قدم قطع القصاص سواء تقدم

(قوله انحتم قتله) أي وجب ولم يسقط بالعفو ولا الفداء والحتم قطع الامر وابرامه من غير شك ولا نظر (قوله أو ينفوا من الارض) أي يطرد وانفيت فلانا أي طردته وأما الفقهاء فقال بعضهم نفيهم أن يطلبوا حيث كانوا فيوجدوا وقال بعضهم نفيهم أن يحبسوا وقال بعضهم نفيهم أن يقتلوا فلا يبقوا (قوله ومن حضر ردأ) أي عونا قال الله تعالى ردأ يصدقني وأردأته أعنته

على أخذ المال أو تأخر لان حق الآدمي آكد فاذا اندمل موضع القصاص قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لاخذ المال ولا يوالى بينهما لانهما عقوبتان مختلفتان فلا تجوز الموالاة بينهما وان قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وأخذ المال وقلنا ان القصاص يتحتم نظرت فان تقدم أخذ المال سقط القطع الواجب بسببه لانه يجب تقديم القصاص عليه لتأكد حق الآدمي واذا قطع للآدمي زال ما تعلق الوجوب به لاخذ المال فسقط وان تقدمت الجناية لم يسقط الحد لاخذ المال فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى لانه استحق بالجناية فيصير كمن أخذ المال وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى فتعلق باليد اليسرى والرجل اليمنى

(فصل) وان تاب قاطع الطريق بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله عزوجل الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم فشرط في العفو عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم فدل على أنهم اذا تابوا بعد القدرة لم يسقط عنهم وان تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بالمحاربة وهو انحتام القتل والصلب وقطع الرجل للآية وهل يسقط قطع اليد فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يسقط لانه قطع عضو وجب بأخذ المال في المحاربة فسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع الرجل والثاني وهو قول أبي اسحق أنه لا يسقط لانه قطع بدلا لاخذ المال فلم يسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع السرقة

(فصل) فأما الحد الذي لا يختص بالمحاربة ينظر فيه فان كان للآدمي وهو حد القذف لم يسقط بالتوبة لانه حق للآدمي فلم يسقط بالتوبة كالقصاص وان كان لله عزوجل وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر ففيه قولان أحدهما انه لا يسقط بالتوبة لانه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف والثاني انه يسقط وهو الصحيح والدليل عليه قوله عزوجل في الزنا فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما وقوله تعالى في السرقة فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم وقوله صلى الله عليه وسلم التوبة تجب ما قبلها ولانه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كحد قاطع الطريق فان قلنا انها تسقط نظرت فان كانت وجبت في غير المحاربة لم تسقط بالتوبة حتى يقترن بها الاصلاح في زمان يوثق بتوبته لقوله تعالى فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما ولقوله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه فعلق العفو بالتوبة والاصلاح ولانه قد يظهر التوبة للتقية فلا يعلم صحتها حتى يقترن بها الاصلاح في زمان يوثق فيه بتوبته وان وجبت عليه الحدود في المحاربة سقطت باظهار التوبة والدخول في الطاعة لانه خارج من يد الامام ممتنع عليه فاذا أظهر التوبة لم تحمل توبته على التقية

(باب حد الخمر)

كل شراب أسكر كثيره حرم قليله وكثيره والدليل عليه قوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون واسم الخمر يقع على كل مسكر والدليل عليه ما روى

(قوله عليه السلام التوبة تجب ما قبلها) أصل التوبة الرجوع تاب اذا رجع والجب القطع ولهذا قيل لمقطوع الذكر مجبوب (قوله أو يصلبوا) أصل الصلب سيلان الصليب وهو الصديد والودك قال الشاعر جريمة ناهض في رأس نيق * يرى العظام ما جمعت صليبا وقيل للمقتول الذي يربط على خشبة حتى يسيل صليبه صليب ومصلوب وسمى ذلك الفعل صلبا (قوله فان تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) أي رجعوا عما كانوا عليه من المعصية الى الطاعة وفعل الخير وتوبة الله تعالى على عباده رجوعه عن الغضب الى الرضا وقد تكون توبة الله عليهم الرجوع من التشديد الى التخفيف ومن الحظر الى الاباحة كقوله علم أن لن تحصوه فتاب عليكم أي رجع بكم الى التخفيف بعد التشديد وقوله علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم أي أباح لكم ما حضر عليكم (قوله للتقية) اظهار ما يؤمنه من الخوف

(ومن باب حد الخمر)

في تسمية الخمر خمرا ثلاثة أقوال أحدها أنها تخمر العقل أي تستره أخذ من خمار المرأة الذي تستر به رأسها والخمر الشجر الكثير الذي يغطي الارض قال يقال توارى في خمر الطريق والثاني أنها تخمر نفسها أي لا يقع فيها شيء يفسدها وخصت بذلك لدوامها تحت الغطاء تزداد جودتها وشدة سورتها ومنه قوله عليه السلام خمروا الآنية أي غطوها والثالث لانها تخامر العقل أي تخالطه قال الشاعر

فخامر القلب من ترجيع ذكرتها * رس لطيف ورهن منك مكبول

(قوله انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان) الميسر القمار قال مجاهد كل شيء فيه قمار فهو ميسر حتى لعب الصبيان بالجوز وقال الازهري الميسر الجزور التي كانوا يتقامرون عليها وسمي ميسرا لانه يجزأ أجزاء فكأنه موضع التجزئة وكل شيء جزأته فقد يسرته والياسر الجازر أي جزأته والجمع ايسار والازلام القداح واحدها زلم بفتح الزاي وضمها وهي السهام التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها على الميسر قال الازهري وقال الطبري كانت زلما وسوء ...

ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام وروى النعمان بن بشير رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان من التمر لخمرا وان من البر لخمرا وان من الشعير لخمرا وان من العسل خمرا وروى سعد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أنهاكم عن قليل ما أسكر كثيره وروت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام

(فصل) ومن شرب مسكرا وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد فان كان حرا جلد أربعين جلدة لما روى أبو ساسان قال لما شهد على الوليد بن عقبة قال عثمان لعلي عليه السلام دونك ابن عمك فاجلده قال قم يا حسن فاجلده قال فيم أنت وذاك ول هذا غيري قال ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت فقال قم يا عبد الله بن جعفر فاجلده فجلده وعلي عليه السلام يعد ذلك فعد أربعين وقال جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وان كان عبدا جلد عشرين لانه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا فان رأى الامام أن يبلغ بحد الحر ثمانين وبحد العبد أربعين جاز لما روى أبو وبرة الكلبي قال أرسلني خالد بن الوليد الى عمر رضي الله عنه فأتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلي وطلحة والزبير رضي الله عنهم فقلت ان خالد بن الوليد رضي الله عنه يقرأ عليك السلام ويقول ان الناس قد انهمكوا في الخمر وتحقروا العقوبة فيه قال عمر هم هؤلاء عندك فسلهم فقال علي عليه السلام نراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون فقال عمر [illegible] صاحبك ما قال فجلد خالد ثمانين وجلد عمر ثمانين قال وكان عمر اذا أتي بالرجل القوي المنهمك في الشرب جلده ثمانين واذا أتي بالرجل الضعيف الذي كانت منه الزلة جلده أربعين فان جلده أربعين ومات لم يضمن لان الحق قتله وان جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لان نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير وان جلد احدى وأربعين فمات ففيه قولان أحدهما انه يضمن نصف ديته لانه مات من مضمون وغير مضمون فضمن نصف ديته كما لو جرحه واحد جراحة وجرحه نفسه جراحات والثاني انه يضمن جزأ من أحد وأربعين جزأ من الدية لان الاسواط متماثلة فقسطت الدية على عددها وتخالف الجراحات فانها لا تتماثل وقد يموت من جراحة ولا يموت من جراحات ولا يجوز أن يموت من سوط ويعيش من أسواط وان أمر الامام الجلاد أن يضرب في الخمر ثمانين [illegible] ومات المضروب فان قلنا ان الدية تقسط على عدد الضرب سقط [illegible] جزأ لاجل الحد ووجب على [illegible] جزأ لاجل التعزير ووجب على الجلاد جزء وان قلنا انه يقسط على عدد [illegible] وجهان أحدهما يسقط نصفها لاجل الحد ويبقى النصف على [illegible] الجلاد [illegible] لان الضرب [illegible] مضمون وغير مضمون فسقط النصف بما ليس بمضمون ويجب [illegible] والثاني انه تقسط الدية [illegible] فسقط [illegible] بالحد و[illegible] على [illegible]

(فصل) [illegible] ويضرب في حد الخمر [illegible] وشيب [illegible] لما روى أبو هريرة

فأخذ منهن سوطها وكان أحد الجاهلية يجعلها في وعائه وقد كتب الامر والنهي فاذا أراد سفرا أو حاجة أدخل يده في ذلك الوعاء فان خرج الآمر مضى لطيته وان خرج الناهي كف وانصرف وفيها كلام يطول وأما الانصاب فهو جمع نصب بفتح النون وضمها وهو حجر أو صنم منصوب يذبحون عنده يقال نصب ونصب ونصب ثلاث لغات والرجس القذر والنتن ومنه قوله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أي العمل الخبيث المستقذر وقيل الشك والرجس أيضا العذاب وسميت الاصنام رجسا لانها سبب الرجس وهو العذاب (قوله فيه شدة مطربة) الطرب خفة تعتري الانسان من شدة فرح أو حزن قال في الطرب بمعنى الحزن شعر

وقالوا قد بكيت فقلت كلا
وهل يبكي من الطرب الجليد

وقال في معنى الفرح

يديا الزهو والطرب
ومغنى اللهو واللعب

(قوله ما أسكر الفرق منه) [illegible] وعشرون رطلا [illegible] ستة عشر رطلا [illegible] الفرق بفتح الراء [illegible] ولا تقل فرق بالاسكان وقال الزمخشري [illegible] والفتح أعلى (قوله ضعفت وعجزت ووهنت) يقال وهن [illegible] يتعدى ولا يتعدى ووهن أيضا بالكسر وهن أي ضعف (قوله انهمكوا في الخمر وتحقروا العقوبة) أي [illegible] الانهماك [illegible] في الامر [illegible] العقوبة [illegible]

رضي

[illegible]

[illegible] وتخذون [illegible] تقولون

[illegible]

رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اضربوه قال فمنا الضارب بيده ومنا الضارب بنعله ومنا الضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض الناس أخزاك الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقولوا هكذا ولا تعينوا عليه الشيطان ولكن قولوا رحمك الله ولانه لما كان أخف من غيره فى العدد وجب أن يكون أخف من غيره فى الصفة وقال أبو العباس وأبو اسحق يضرب بالسوط ووجهه ماروى أن عليا رضى الله عنه لما أقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد قال فأخذ السوط فجلده حتى انتهى الى أربعين سوطا فقال له أمسك وان قلنا انه يضرب بغير السوط فضرب بالسوط أربعين سوطا فمات ضمن لانه تعدى بالضرب بالسوط وكم يضمن فيه وجهان أحدهما انه يضمن بقدر ما زاد أله على ألم النعال والثانى انه يضمن جميع الدية لانه عدل من جنس الى غيره فأشبه اذا ضرب به بما يجرح فمات منه

﴿فصل﴾ والسوط الذى يضرب به سوط بين سوطين ولا يمد ولا يجرد ولا تشد يده لماروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس فى هذه الامة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد

﴿فصل﴾ ولا يقام الحد فى المسجد لماروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اقامة الحد فى المسجد ولانه لا يؤمن أن يشق الجلد بالضرب فيسيل منه الدم أو يحدث من شدة الضرب فينجس المسجد وان أقيم الحد فى المسجد سقط الفرض لان النهى لمعنى يرجع الى المسجد لا الى الحد فلم يمنع صحته كالصلاة فى الارض المغصوبة

﴿فصل﴾ اذا زنى دفعات حد للجميع حدا واحدا وكذلك ان سرق دفعات أو شرب الخمر دفعات حد للجميع حدا واحدا لان سببها واحد فتداخلت وان اجتمعت عليه حدود بأسباب بان زنى وسرق وشرب الخمر وقذف لم تتداخل لانها حدود وجبت بأسباب فلم تتداخل وان اجتمع عليه الجلد فى حد الزنا والقطع فى السرقة أو فى قطع الطريق قدم حد الزنا تقدم الزنا وتأخر لانه أخف من القطع فاذا تقدم أمكن استيفاء القطع بعده واذا قدم القطع لم يؤمن أن يموت منه فيبطل حد الزنا وان اجتمع عليه مع ذلك حد الشرب أو حد القذف قدم حد الشرب وحد القذف على حد الزنا لانهما أخف منه وأمكن للاستيفاء وان اجتمع حد الشرب وحد القذف ففيه وجهان أحدهما أنه يقدم حد القذف لانه للآدمى والثانى أنه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لانه أخف من حد القذف فاذا أقيم عليه حد لم يقم عليه حد آخر حتى يبرأ من الاول لانه اذا توالى عليه حدان لم يؤمن أن يتلف وان اجتمع عليه حد السرقة والقطع فى قطع الطريق قطعت يمينه للسرقة وقطع الطريق ثم تقطع رجله لقطع الطريق وهل تجوز الموالاة بينهما فيه وجهان أحدهما أنه تجوز لان قطع الرجل مع قطع اليد حد واحد فجاز الموالاة بينهما والثانى أنه لا يجوز قطع الرجل حتى تندمل اليد لان قطع الرجل لقطع الطريق وقطع اليد للسرقة وهما سببان مختلفان فلا يوالى بين حديهما والأول أصح لان اليد تقطع لقطع الطريق أيضا فأشبه اذا قطع الطريق ولم يسرق وان كان مع هذه الحدود قتل فان كان فى غير المحاربة أقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينها فاذا فرغ من الحدود قتل وان كان القتل فى المحاربة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه يوالى بين الجميع والفرق بينه وبين القتل فى غير المحاربة أن القتل فى غير المحاربة غير متحتم وربما عفى عنه فتسلم نفسه والقتل فى المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة والوجه الثانى أنه لا يوالى بينهما لانه لا يؤمن اذا والى بين الحدين أن يموت فى الثانى فيسقط ما بقى من الحدود

﴿باب التعزير﴾

(قوله أخزاك الله) أى أذلك وأهانك يقال خزى يخزى خزيا أى ذل وهان والخزى فى القرآن بمعنى الذل فى قوله تعالى لهم فى الدنيا خزى وبمعنى الهلاك فى قوله تعالى من قبل أن نذل ونخزى أى نهلك

﴿ومن باب التعزير﴾

التعزير التأديب والاهانة والتعزير أيضا التعظيم ومنه قوله عز وجل وتعزروه وتوقروه وهو من الاضداد

(قوله مباشرة الاجنبية) وكذا المباشرة فى مواضع كثيرة من الكتاب هو الصاق بشرة الرجل ببشرة المرأة والبشرة ظاهر الجلد (قوله فهو من المعتدين) المعتدى هو الذى يجاوز حده ويفعل ما لا يجوز فعله (قوله لا يبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا) النكال ههنا العقوبة التى تنكل عن فعل جعلت له جزاء أى تمنع عن معاودة فعله وقوله تعالى فجعلناها نكالا لما بين يديها أى لمن يأتى بعدها

من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الاجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التى لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصى عزر على حسب ما يراه السلطان لما روى عبد الملك بن عمير قال سئل على كرم الله وجهه عن قول الرجل للرجل يا فاسق يا خبيث قال هن فواحش فيهن التعزير وليس فيهن حد وروى عن ابن عباس أنه لما خرج من البصرة استخلف أبا الاسود الدؤلى فأتى بلص نقب حرزا على قوم فوجدوه فى النقب فقال مسكين أراد أن يسرق فاعجلتموه فضربه خمسة وعشرين سوطا وخلى عنه ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود فان كان على حر لم يبلغ به أربعين وان كان على عبد لم يبلغ به عشرين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من بلغ بما ليس بحد حدا فهو من المعتدين وروى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب الى أبى موسى لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا وروى عنه ثلاثين سوطا وروى عنه ما بين الثلاثين الى الاربعين سوطا ولأن هذه المعاصى دون ما يجب فيه الحد فلا تلحق بما يجب فيه الحد من العقوبة وان رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه اذا لم يتعلق به حق آدمى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم الا فى الحدود وروى عبد الله بن الزبير أن رجلا خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة الذى يسقون به النخل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير اسق أرضك الماء ثم أرسل الماء الى جارك فغضب الانصارى فقال يا رسول الله وأن كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا زبير اسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر فقال الزبير فوالله انى لاحسب هذه الآية نزلت فى ذلك فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ولو لم يجز ترك التعزير لعزره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال

(فصل) وان عزر الامام رجلا فمات وجب ضمانه لما روى عمرو بن سعيد عن على كرم الله وجهه أنه قال ما من رجل أقمت عليه حدا فمات فاجد فى نفسى أنه لا دية له الا شارب الخمر فانه لو مات وديته لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يسنه ولا يجوز أن يكون المراد به اذا مات من الحد فان النبى صلى الله عليه وسلم حد فى الخمر فثبت أنه أراد من الزيادة على الاربعين ولانه ضرب جعل الى اجتهاده فاذا أدى الى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته

(فصل) وان كان على رأس بالغ عاقل سلعة لم يجز قطعها بغير اذنه فان قطعها قاطع باذنه فمات لم يضمن لانه قطع باذنه وان قطعها بغير اذنه فمات وجب عليه القصاص لانه تعدى بالقطع وان كانت على رأس صبى أو مجنون لم يجز قطعها لانه جرح لا يؤمن معه الهلاك فان قطعت فمات منه نظرت فان كان القاطع لا ولاية له عليه وجب عليه القود لانه جناية تعدى بها وان كان أبا أو جدا وجبت عليه الدية وان كان ولياً غيرهما ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لانه قطع منه ما لا يجوز قطعه والثانى أنه لا يجب القود لانه قصد النظر و[illegible] فعلى هذا يجب عليه دية مغلظة لانها عمد خطأ والله التوفيق

(كتاب الأقضية) (باب ولاية القضاء وأدب القاضى)

فيتعظ بها فتمنعه عن فعل مثلها وسمى اللجام نكالا لانه يمنع الفرس وسمى القيد نكالا لانه يمنع المحبوس قال الله تعالى ان لدينا أنكالا وجحيما أى قيودا (قوله أقيلوا ذوى الهيآت) الهيئة الشارة يقال فلان حسن الهيئة والهيئة وأراد ذوى المروآت والاحساب (قوله شراج الحرة) هى مسايل الماء من بين الحجارة الى السهل وقد ذكر (قوله فيما شجر بينهم) أى فيما وقع فيه خلاف بينهم يقال اشتجر القوم وتشاجروا اذا اختلفوا واختصموا وتنازعوا وقد ذكر أيضا (قوله فى قول على رضى الله عنه فأجد فى نفسى) فيه حذف واختصار أى فأجد فى نفسى منه شكا ويحصل فى صدرى منه ارتياب وهذا يشبه قوله عليه السلام الاثم ما حاك فى صدرك والسلعة ذكرت

(ومن كتاب الاقضية) قال ابن الاعرابى القضاء فى اللغة احكام الشئ وامضاؤه والفراغ منه ومنه قوله تعالى ثم اقضوا الى أى فرغوا من أمركم وامضوا فى أنفسكم وأصله قضاى لانه من قضيت لان [illegible] القضاء همزة وجمع الاقضية [illegible] وقضى أى حكم قال الله تعالى وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه وقضى [illegible] [illegible] منها قوله تعالى فقضاهن سبع سموات [illegible] وحكم خلقهن [illegible] وقوله تعالى [illegible] قضى [illegible] أى فرغ من تلاوته وقوله تعالى ولولا أجل مسمى لقضى بينهم

القضاء فرض على الكفاية والدليل عليه قوله عز وجل ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقوله عز وجل ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل وقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولان النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس و بعث عليا كرّم الله وجهه الى اليمن للقضاء بين الناس ولان الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس و بعث عمر رضى الله عنه أباموسى الاشعرى الى البصرة قاضيا و بعث عبدالله بن مسعود الى الكوفة قاضيا ولان الظلم فى الطباع فلابد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم فان لم يكن من يصلح للقضاء الا واحد تعين عليه و يلزمه طلبه واذا امتنع أجبر عليه لان الكفاية لاتحصل الا به فان كان هناك من يصلح له غيره نظرت فان كان خاملا واذا ولى القضاء انتشر علمه استحب له أن يطلبه لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم وان كان مشهورا فان كانت له كفاية كره له الدخول فيه لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين ولانه يلزمه بالقضاء حفظ الامانات ور بما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه وان كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه لانه يكتسب كفاية بسبب مباح وان كان جماعة يصلحون للقضاء اختار الامام أفضلهم وأورعهم وقلده فان اختار غيره جاز لانه تحصل به الكفاية وان امتنعوا من الدخول فيه أثموا لانه حق وجب عليهم فأثموا بتركه كالامر بالمعروف والنهى عن المنكر وهل يجوز للامام أن يجبر واحدا منهم على الدخول فيه أم لا فيه وجهان أحدهما أنه ليس له اجباره لانه فرض على الكفاية فلو أجبرناه عليه تعين عليه والثانى أن له اجباره لانه اذا لم يجبر بقى الناس بلا قاض وضاعت الحقوق وذلك لايجوز

(فصل) ومن تعين عليه القضاء وهو فى كفاية لم يجز أن يأخذ عليه رزقا لانه فرض تعين عليه فلا يجوز أن يأخذ عليه مالا من غير ضرورة فان لم يكن له كفاية فله أن يأخذ الرزق عليه لان القضاء لابد منه والكفاية لابد منها فجاز أن يأخذ عليه الرزق فان لم يتعين عليه فان كانت له كفاية كره أن يأخذ عليه الرزق لانه قربة فكره أخذ الرزق عليها من غير حاجة فان أخذ جاز لانه لم يتعين عليه وان لم يكن له كفاية لم يكره أن يأخذ عليه الرزق لان أبا بكر الصديق رضى الله عنه لما ولى خرج برزمة الى السوق فقيل ماهذا فقال أنا كاسب أهلى فأجروا له كل يوم درهمين وعن عمر رضى الله عنه أنه قال أنزلت نفسى من هذا المال بمنزلة ولى اليتيم ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف و بعث عمر رضى الله عنه الى الكوفة عمار بن ياسر واليا وعبدالله بن مسعود قاضيا وعثمان ابن حنيف ماسحا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها وأطرافها لعمار والنصف الآخر بين عبدالله وعثمان ولانه لما جاز لعامل على الصدقات أن يأخذ مالا على العمالة جاز للقاضى أن يأخذ على القضاء ويدفع اليه مع رزقه شئ للقرطاس لانه يحتاج اليه لكتب المحاضر ويعطى لمن على بابه من الاجراء لانه يحتاج اليهم لاحضار الخصوم كما يعطى من يحتاج اليه العامل على الصدقات من العرفاء ويكون ذلك من سهم المصالح لانه من المصالح

(فصل) ولايجوز أن يكون القاضى كافرا ولافاسقا ولاعبدا ولاصغيرا ولامعتوها لانه اذا لم يجز أن يكون واحد من هؤلاء شاهدا فلأن لايجوز أن يكون قاضيا أولى ولايجوز أن يكون امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم ما أفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة ولانه لابد للقاضى من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها ولايجوز أن يكون أعمى لانه لايعرف الخصوم والشهود وفى الاخرس الذى يفهم الاشارة وجهان كالوجهين فى

لفصل الحكم وقطع وقال أبو ذؤيب
وعليهما مسرودتان قضاهما
داود أو صنع السوابغ تبع
أى صنعهما وأحكم صنعتهما (قوله فان كان خاملا) الخامل الساقط الذى لا نباهة له وقد خمل يخمل خمولا وأخملته أنا (قوله من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين) قال فى الشامل لم يخرج مخرج الذم للقضاء وانما وصفه بالمشقة فكأن من قلده فقد حمل على نفسه مشقة كمشقة الذبح والمعتوه الناقص العقل وقد ذكر فى الوصايا (قوله قلده) هو من القلادة التى تكون فى العنق (قوله برزمة الى السوق) الرزمة الكارة من الثياب وقد رزمها ترزيما أى شدها رزما

(قوله جبارا عسوفا) قيل الجبار الذي يقتل على الغضب وقيل هو ذو السطوة والقهر ومنه يقال جبرته على كذا وأجبرته اذا أكرهته عليه وقهرته ومنه جبر العظم لانه كالاكراه على الاصلاح (قوله عسوفا) أى ظلوما والعسف الظلم وأصل العسف على غير الطريق ومثله التعسف والاعتساف (قوله مهينا) أى حقيرا وفسر قوله تعالى من ماء مهين أى حقير وقال الفراء المهين العاجز

شهادته ولا يجوز أن يكون جاهلا بطرق الاحكام لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة فاما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو فى الجنة وأما اللذان فى النار فرجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النار ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار ولانه اذا لم يجز أن يفتى الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلأن لا يجوز أن لا يقضى بينهم وهو يلزمهم الحكم أولى ويكره أن يكون القاضى جبارا عسوفا وأن يكون ضعيفا مهينا لان الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته والضعيف يطمع فيه الخصم وينبسط عليه ولهذا قال بعض السلف وجدنا هذا الامر لا يصلحه الا الشدة من غير عنف ولين من غير ضعف

﴿فصل﴾ ولا يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام أو تولية من فوض اليه الامام لانه من المصالح العظام فلا يجوز الا من جهة الامام فان تحاكم رجلان الى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز لانه تحاكم عمر وأبى بن كعب الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم واختلف قوله فى الذى يلزم به حكمه فقال فى أحد القولين لا يلزم الحكم الا بتراضيهما بعد الحكم وهو قول المزنى رحمه الله تعالى لانا لو ألزمناهما حكمه كان ذلك عزلا للقضاة وافتياتا على الامام ولانه لما اعتبر تراضيهما فى الحكم اعتبر رضاهما فى لزوم الحكم والثانى أنه يلزم بنفس الحكم لان من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضى الذى ولاه الامام واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز فى كل ما تحاكم فيه خصمان كما يجوز حكم القاضى الذى ولاه الامام ومنهم من قال يجوز فى الاموال فاما فى النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم لانها حقوق تثبت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم

﴿فصل﴾ ويجوز أن يجعل قضاء بلد الى اثنين وأكثر على أن يحكم كل واحد منهم فى موضع ويجوز أن يجعل الى أحدهما القضاء فى حق والى الآخر فى حق آخر والى أحدهما فى زمان والى الآخر فى زمان آخر لانه نيابة عن الامام فكان على حسب الاستنابة وهل يجوز أن يجعل اليهما القضاء فى مكان واحد فى حق واحد وزمن واحد فيه وجهان أحدهما أنه يجوز لانه نيابة فجاز أن يجعل الى اثنين كالوكالة والثانى أنه لا يجوز لانهما قد يختلفان فى الحكم فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يعقد تقليد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله عز وجل وأن احكم بين الناس بالحق والحق ما دل عليه الدليل وذلك لا يتعين فى مذهب بعينه فان قلد على هذا الشرط بطلت التولية لانه علقها على شرط وقد بطل الشرط فبطلت التولية

﴿فصل﴾ والاولى أن يكون القضاء على أن يكتب العهد بما ولى لان النبى صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين بعثه الى اليمن وكتب أبو بكر الصديق رضى الله عنه لانس حين بعثه الى البحرين كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى حارثة بن مضرب أن عمر كتب الى أهل الكوفة أما بعد فانى بعثت اليكم عمارا أميرا وعبد الله قاضيا ووزيرا فاسمعوا لهما وأطيعوا فقد آثرتكم بهما فان كان البلد الذى ولاه عنه أشهد على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر فى التولية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه يجب الاشهاد لانه عقد ولا

وأراد بالضعيف ضعيف الرأى والتدبير لا ضعف الجسم (قوله من غير عنف) العنف ضد الرفق يقال عنف عليه وعنف به أيضا (قوله بنيت على الاحتياط) الاحتياط على الشئ الاحداق به من جميع جهاته ومنه سمى الحائط وأصله الحفظ حاطه يحوطه أى حفظه والمعنى أن يحكم باليقين والقطع من غير تخمين ويأخذ بالثقة فى أموره وأحكامه (قوله ويكتب له العهد) أصل العهد الوصية وقد عهدت اليه أى أوصيته ومنه اشتق العهد الذى يكتب للولاة قال الله تعالى ولقد عهدنا الى آدم فنسى أى أوصيناه أن لا يأكل من الشجرة فنسى والعهد اليمين من قوله على عهد والعهد من قولك عهدته بمكان كذا (قوله كاتبا ووزيرا) الوزير مشتق من الوزر وهو الجبل والملجأ كأنه يستند اليه فى الامور قال الله تعالى كلا لا وزر أى لا ملجأ وقيل هو مشتق من الوزر وهو الثقل كأنه يحمل أثقال أموره وأعبائه والوزر هو الحمل الثقيل مشتق منه من قوله تعالى ووضعنا عنك وزرك الذى أنقض ظهرك (قوله فقد آثرتكم بهما) قيل فضلتكم بهما وقيل اخترتكم وقيل معناه خصصتكم بهما دون غيركم يقال استأثر فلان بكذا أى خص به دون غيره وانفرد به قال الشاعر * استأثر الله بالوفاء وبالعدل وولى الملامة الرجلا * أى تفرد بالبقاء جل وعز

يثبت

يثبت بالاستفاضة كالبيع والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لايجب الاشهاد لانه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر الى الاشهاد والمستحب للقاضى أن يسأل عن أمناء البلد ومن فيه من العلماء لانه لابد له منهم فاستحب تقدم العلم بهم والمستحب أن يدخل البلد يوم الاثنين لان النبى صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين والمستحب أن ينزل وسط البلد ليتساوى الناس كلهم فى القرب منه ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد ليعلموا التولية وما فوض اليه

﴿فصل﴾ فاذا أذن له من ولاه أن يستخلف فله أن يستخلف وان نهاه عن الاستخلاف لم يجز له أن يستخلف لانه نائب عنه فتبع أمره ونهيه وان لم يأذن له ولم ينهه نظرت فان كان ما تقلده يقدر أن يقضى فيه بنفسه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يجوز أن يستخلف لانه ينظر فى المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره والثانى وهو المذهب أنه لايجوز لان الذى ولاه لم يرض بنظر غيره وان كان ما ولاه لا يقدر أن يقضى فيه بنفسه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لان تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى الاستخلاف فيما لا يقدر عليه كما ان توكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى استنابة غيره وهل له أن يستخلف فيما يقدر عليه أن يقضى فيه بنفسه فيه وجهان أحدهما ان له ذلك لان ما جاز له أن يستخلف فى البعض جاز أن يستخلف فى الجميع كالامام والثانى أنه لايجوز لانه انما أجيز له أن يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب أن يكون مقصورا على ما عجز عنه

﴿فصل﴾ ولايجوز أن يقضى ولا يولى ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيا فى حكم فى غير عمله فان فعل شيأ من ذلك فى غير عمله لم يعتد به لانه لاولاية له فى غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية

﴿فصل﴾ ولايحكم لنفسه وان اتفقت له حكومة مع خصم تحاكما فيها الى خليفته لان عمر بن الخطاب رضى الله عنه تحاكم مع أبى بن كعب الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان رضى الله عنه مع طلحة الى جبير بن مطعم وتحاكم على عليه السلام مع يهودى فى درع الى شريح ولانه لايجوز أن يكون شاهدا لنفسه فلا يجوز أن يكون حاكما لنفسه ولايجوز أن يحكم لوالده وان علا ولا لولده وان سفل وقال أبو ثور يجوز وهذا خطأ لانه متهم فى الحكم لهما كما يتهم فى الحكم لنفسه وان تحاكم اليه والده مع ولده فحكم لاحدهما فقد قال بعض أصحابنا انه يحتمل وجهين أحدهما أنه لايجوز كما لايجوز اذا حكم له مع أجنبى والثانى أنه يجوز لانهما استويا فى التعصيب فارتفعت عنه تهمة الميل وان أراد أن يستخلف فى أعماله والده وولده جاز لانهما يجريان مجرى نفسه ثم يجوز أن يحكم فى أعماله فجاز أن يستخلفهما ليحكم فى أعماله وأما اذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده أو ولده لانه لايجوز أن يختار نفسه فلا يجوز أن يختار والده أو ولده

﴿فصل﴾ ولايجوز أن يرتشى على الحكم لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم ولانه أخذ مال على حرام فكان حراما كمهر البغى ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة أن يهدى اليه قبل الولاية لما روى أبو حميد الساعدى قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بنى أسد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدى الى فقام النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال ما بال العامل نبعثه على بعض أعمالنا فيقول هذا لكم وهذا أهدى الى ألا جلس فى بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى اليه أم لا والذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيأ الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته فدل على أن ما أهدى اليه للولاية لايجوز قبوله وأما من كانت له عادة بأن يهدى اليه قبل الولاية برحم أو مودة فانه ان كانت له فى الحال حكومة لم يجز قبولها منه لانه لا يأخذ فى حال يتهم فيه وان لم يكن له حكومة فان كان أكثر مما كان يهدى اليه أو أرفع منه لم يجز له

(قوله ابن اللتبية) بضم اللام واسكان التاء منسوب الى بنى لتب وهم حى من أزد

قبولها لان الزيادة حدث بالولاية وان لم يكن أكثر ولا أرفع مما كان يهدى اليه جاز قبولها لخروجها عن تسبب الولاية والاولى أن لا يقبل لجواز أن يكون قد أهدى اليه لحكومة منتظرة

﴿فصل﴾ ويجوز أن يحضر الولائم لان الاجابة الى وليمة غير العرس مستحبة وفى وليمة العرس وجهان أحدهما أنها فرض على الاعيان والثانى أنها فرض على الكفاية ولا يخص فى الاجابة قوما دون قوم لان فى تخصيص بعضهم ميلا وتركا للعدل فان كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور فى حق الجميع لان الاجابة الى الوليمة اما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الاعيان الا أنه لا يستضر بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض عليه و يستضر بتركه جميع المسلمين فوجب تقديم القضاء

﴿فصل﴾ ويجوز أن يعود المرضى و يشهد الجنائز و يأتى مقدم الغائب لقوله صلى الله عليه وسلم عائد المريض فى مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع وعاد النبى صلى الله عليه وسلم سعدا وجابرا وعاد غلاما يهوديا فى جواره وعرض عليه الاسلام فأجاب وكان يصلى على الجنائز فان كثرت عليه أتى من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم والفرق بينه و بين حضور الولائم حيث قلنا انها اذا كثرت عليه ترك الجميع ان الحضور فى الولائم لحق أصحابها فاذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل الى من يحضره والحضور فى هذه الاشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ما قدر عليه

﴿فصل﴾ ويكره أن يباشر البيع والشراء بنفسه لما روى أبو الاسود المالكى عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ما عدل وال اتجر فى رعيته أبدا وقال شريح شرط على عمر رضى الله عنه حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان ولانه اذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن أن يحابى فيميل الى من حاباه فان احتاج الى البيع والشراء وكل من ينوب عنه ولا يكون معروفا به فان عرف أنه وكيله استبدل بمن لا يعرف به حتى لا يحابى فتعود المحاباة اليه فان لم يجد من ينوب عنه تولى بنفسه لانه لا بد له منه فاذا وقعت لمن بايعه حكومة استخلف من يحكم بينه و بين خصمه لانه اذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن أن يميل اليه

﴿فصل﴾ ولا يقضى فى حال الغضب ولا فى حال الجوع والعطش ولا فى حال الحزن والفرح ولا يقضى والنعاس يغلبه ولا يقضى والمرض يقلقه ولا يقضى وهو يدافع الاخبثين ولا يقضى وهو فى حر مزعج ولا فى برد مؤلم لما روى أبو بكرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا ينبغى للقاضى أن يقضى بين اثنين وهو غضبان وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقضى القاضى الا وهو شبعان ريان ولان فى هذه الاحوال يشتغل قلبه فلا يتوفر على الاجتهاد فى الحكم وان حكم فى هذه الاحوال صح حكمه لان الزبير ورجلا من الانصار اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير اسق زرعك ثم أرسل الماء الى جارك فقال الانصارى وان كان ابن عمتك يا رسول الله فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمر وجهه ثم قال للزبير اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم أرسله الى جارك فحكم فى حال الغضب

﴿فصل﴾ والمستحب أن يجلس للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل أحد ولا يحتجب من غير عذر لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ولى من أمر الناس شيأ فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره والمستحب أن يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز وأن يكون موضعا لا يتأذى فيه بحر أو برد أو دخان أو رائحة منتنة لان عمر رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه اياك والقلق والضجر وهذه الاشياء

(قوله عائد المريض فى مخرف من مخارف الجنة) المخرف بالفتح البستان قال الاصمعى واحد المخارف مخرف وهو جنس النخل سمى بذلك لانه يخرف أى يجتنى (قوله لم يؤمن أن يحابى) المحاباة أن يبيع اليه بأقل من ثمن المثل وقد ذكر (قوله والمرض يقلقه) قال الجوهرى القلق الانزعاج يقال بات قلقا وأقلقه غيره (قوله يدافع الاخبثين) تثنية الاخبث وهما البول والغائط ومعناه الخبيثين أى النجسين المستقذرين لكن لفظة افعل أبلغ وأكثر (قوله فى حر مزعج) أزعجه أى أقلقه من مكانه وانزعج بنفسه والمزعاج المرأة التى لا تستقر فى مكان والقلق ضيق الصدر وقلة الصبر (قوله ولا يتوفر على الاجتهاد) أى لا يستوفيه ويتمه والموفور التام والوفور التمام والوفر المال الكثير وشراج الحرة قد ذكر (قوله فى موضع بارز) أى ظاهر غير مستور وبرز والبراز الواحد القهار أى ظهر ولم يسترهم عنه شئ (قوله دون فاقتهم وفقرهم) الفاقة الحاجة والفقر ضد الغنى وهما متقاربان (قوله يكثر فيه اللغط والسغب) هو الصوت والجلبة يقال لغطوا لغطوا لغطا ولغطا وعصر سف شهد ماشئتم وذ كرمعيب

تفضي الى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة فان حكم مع هذه الاحوال صح الحكم كما يصح فى حال الغضب ويكره أن يجلس للقضاء فى المسجد لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سيوفكم وشراءكم وبيعكم ولان الخصومة يحضرها اللغط والسفه فينزه المسجد عن ذلك ولانه قد يكون الخصم جنبا أو حائضا فلا يمكنه المقام فى المسجد للخصومة فان جلس فى المسجد لغير الحكم فحضر خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روى الحسن البصرى قال دخلت المسجد فرأيت عثمان رضى الله عنه قد ألقى رداءه ونام فأتاه سقاء بقربة ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما وان جلس فى البيت لغير الحكم فحضره خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت اختصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان من الانصار فى مواريث متقادمة فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فى بيتى

(فصل) وان احتاج الى أجرياء لاحضار الخصوم اتخذ أجرياء امناء ويوصيهم بالرفق بالخصوم ويكره أن يتخذ حاجبا لانه لا يؤمن أن يمنع من له ظلامة أو يقدم خصما على خصم فان دعت الحاجة الى ذلك اتخذ أمينا بعيدا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من الخصوم ولا يكره للامام أن يتخذ حاجبا لان يرفا كان حاجب عمر والحسن البصرى كان حاجب عثمان وقنبر كان حاجب على عليه السلام ولان الامام ينظر فى جميع المصالح فتدعو الحاجة الى أن يجعل لكل مصلحة وقتا لا يدخل فيه كل أحد

(فصل) ويستحب أن يكون له حبس لان عمر رضى الله عنه اشترى دارا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا واتخذ على عليه السلام سجنا وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الشاعر فقال

ماذا تقول لافراخ بذى مرخ * حمر الحواصل لا ماء ولا شجر
ألقيت كاسبهم فى قعر مظلمة * فارحم عليك سلام الله يا عمر

فخلاه وحبس عمر آخر فقال

يا عمر الفاروق طال حبسى * ومل منى اخوتى وعرسى
فى حدث لم تقترفه نفسى * والامر أضوأ من شعاع الشمس

ولانه يحتاج اليه للتأديب ولاستيفاء الحق من المماطل بالدين ويستحب أن يكون له درة للتأديب لان عمر رضى الله عنه كانت له درة يؤدب بها الناس

(فصل) وان احتاج الى كاتب اتخذ كاتبا لان النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على بن أبى طالب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ومن شرطه أن يكون عارفا بما يكاتب به القضاة من الاحكام وما يكتبه من المحاضر والسجلات لانه اذا لم يعرف ذلك أفسد ما يكتبه بجهله وهل من شرطه أن يكون مسلما عدلا فيه وجهان أحدهما أن ذلك شرط فلا يجوز أن يكون كافرا لان أبا موسى الاشعرى قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فانتهره عمر رضى الله عنه وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله ولا تعزوهم وقد أذلهم الله ولان الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم ولا يجوز أن يكون فاسقا لانه لا يؤمن أن يخون والوجه الثانى أن ذلك يستحب لان ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضى ثم يمضيه فيؤمن فيه من خيانة

(فصل) ولا يتخذ شهودا معينين لا تقبل شهادة غيرهم لان فى ذلك تضييقا على الناس واضرارا بهم فى حفظ حقوقهم ولان شروط الشهادة لا تختص بالمعينين فلم يجز تخصيصهم بالقبول

(قوله وان احتاج الى أجرياء) الاجرياء جمع جرى مشدد غير مهموز وهو الوكيل والرسول يقال جرى بين الجراية والجراية والجمع أجرياء وسمى الوكيل جريا لانه يجرى مجرى موكله وفى الحديث مولوا نعولكم ٧ ولا يستجرينكم الشيطان والحاجب مشتق من الحجاب وهو الستر والمنع كانه يستره ويمنع من الدخول اليه ويرفى غير مهموز هكذا السماع (قوله وحبس الحطيئة) سمى الحطيئة لقصره والحطيئة الرجل القصير وقال ثعلب سمى الحطيئة لدمامته وقيل انه كان فى صغره يلعب مع الصبيان فضرط فقيل له ما هذا قال حطيئة يريد ضرطة فسمى حطيئة (قوله بذى مرخ) بالخاء اسم موضع بعينه ومن رواه مرج بالجيم فخطئ لان المرج باسكان الراء هو الموضع الذى يكون كثير الماء والشجر وقد قال لا ماء ولا شجر فدل على غيره ولا يستقيم وزن البيت من غير تسكين الراء أيضا (قوله ومل منى اخوتى وعرسى * فى حدث لم تقترفه نفسى) العرس الزوجة ولم تقترفه لم تكتسبه والاقتراف الاكتساب وفلان يقترف لعياله أى يكتسب فى حدث فى أمر وقع ولم يكن قبل

﴿فصل﴾ ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليتعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود وينبغى أن يكونوا عدولا برآء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من العصبية فى نسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو تزكية غير عدل وأن يكونوا وافرى العقول ليصلوا بوفور عقولهم الى المطلوب ولا يسترسلوا فيسألوا عدوا أو صديقا لان العدو يظهر القبيح ويخفى الجميل والصديق يظهر الجميل ويخفى القبيح وان شهد عنده شاهد نظرت فان علم عدالته قبل شهادته وان علم فسقه لم يقبل شهادته ويعمل فى العدالة والفسق بعلمه وان جهل اسلامه لم يحكم حتى يسأل عن اسلامه ولا يعمل فى اسلامه بظاهر الدار كما يعمل فى اسلام اللقيط بظاهر الدار لان اعرابيا شهد عند النبى صلى الله عليه وسلم برؤية الهلال فلم يحكم بشهادته حتى سأل عن اسلامه ولانه يتعلق بشهادته ايجاب حق على غيره فلا يعمل فيه بظاهر الدار ويرجع فى اسلامه الى قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم رجع الى قول الاعرابى وان جهل حريته ففيه وجهان أحدهما وهو ظاهر النص انها تثبت بقوله لان الظاهر من الدار حرية أهلها كما أن الظاهر من الدار الاسلام أهلها ثم يثبت الاسلام بقوله فكذلك الحرية والثانى وهو الاظهر أنه لا تثبت بقوله والفرق بينها وبين الاسلام أنه يملك الاسلام اذا كان كافرا فقبل اقراره به ولا يملك الحرية اذا كان عبدا فلم يقبل اقراره بها وان جهل عدالته لم يحكم حتى تثبت عدالته لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ولا يعلم انه مرضى قبل السؤال وروى سليمان عن حريث قال شهد رجل عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له عمر رضى الله عنه انى لست أعرفك ولا يضرك انى لا أعرفك فأتنى بمن يعرفك فقال رجل أنا أعرفه يا أمير المؤمنين فقال بأى شئ تعرفه قال بالعدالة قال هو جارك الادنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه قال لا قال فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع قال لا قال فصاحبك فى السفر الذى يستدل به على مكارم الاخلاق قال لا قال لست تعرفه ثم قال للرجل ائتنى بمن يعرفك ولانه لا يؤمن أن يكون فاسقا فلا يحكم بشهادته ومن أراد أن يعرف عدالته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ويذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد او ولد ويذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوا له فلا تقبل شهادته عليه ويذكر قدر ما يشهد به لانه قد يكون ممن يقبل قوله فى قليل ولا يقبل قوله فى كثير ويبعث ما يكتبه مع أصحاب المسائل ويجتهد أن لا يكون أصحاب المسائل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال فى تعديل الشهود ولا عند المشهود عليه حتى لا يحتال فى جرح الشهود ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا فى تعديل أنفسهم ولا عند المسؤلين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء فى الجرح ولا الاصدقاء فى التعديل ويجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطؤ على الجرح والتعديل قال الشافعى رحمه الله ولا يقبل الجرح والتعديل الا باثنين ووجهه أنه شهادة فاعتبر فيها العدد واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق يحكم القاضى فى الجرح والتعديل بأصحاب المسائل وبمن عدل أو جرح من الجيران فقال أبو اسحق يحكم بشهادة الجيران لانهم يشهدون بالجرح والتعديل فعلى هذا يجوز أن يقتصر على قول واحد من أصحاب المسائل ويجوز بلفظ الخبر ويسمى لحاكم من عدل أو جرح ثم يسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة وحمل قول الشافعى رحمه الله فى العدد على الجيران وقال أبو سعيد الاصطخرى يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو قد ظاهر النص لان الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عندهم فحكم بشهادة أصحاب المسائل فعلى هذا لا يجوز أن يكون أصحاب المسائل أقل من اثنين ويجوز أن يكون من يخبرهم من الجيران واحدا لانه خبر وقع فى نفوسهم صدقه ويجب أن يشهد أصحاب المسائل عند الحاكم على

(قوله برآء من الشحناء) الشحناء العداوة وكذلك الشحنة وعدو مشاحن ولعل اشتقاقه من الشحن وهو الملء أى يمتلئ عداوة من قوله تعالى فى الفلك المشحون أى المملوء (قوله على جرح عدل أو تزكية غير عدل) الجرح العيب والفساد وجرح الشاهد اظهار معايبه والعدل أصله من الاستقامة وترك الميل والعدل أيضا الميل والجور يقال عدل عن الطريق اذا مال عنها وهو من الاضداد والتزكية ههنا التطهير من قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها فكان المزكى يشهد لهم بالطهارة والبراءة من العيوب (قوله وافرى العقل) أى تامى العقول كاملين بالوفور والتمام والكمال (قوله ولا يسترسلوا) استرسل اليه أى انبسط واستأنس به وأراد ترك التحفظ وأخذ الامر بالحزم والتيقظ (قوله جارك الادنى) أى الاقرب والدنو القرب ضد البعد (قوله يستدل بهما على الورع) الورع التقى والورع التقى وقد ورع يرع بالكسر فيهما ورعا ورعة وتورع من كذا أى تحرج (قوله فيجمعهم الهوى على التواطؤ) أى تحملهم [illegible] الأمر [illegible]

شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة وجعل قول الشافعى رحمه الله تعالى فى العدد على أصحاب المسائل وان بعث اثنين فعادا بالجرح حكم بالجرح وان عادا بالتعديل حكم بالتعديل وان عاد أحدهما بالتعديل وعاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما فى جرح ولا تعديل ويبعث ثالثا فان عاد بالجرح كملت بينة الجرح وان عاد بالتعديل كملت بينة التعديل وان شهد اثنان بالجرح واثنان بالتعديل حكم بالجرح لان شاهدى الجرح يخبران عن أمر باطن وشاهدى العدالة يخبران عن أمر ظاهر فقدم من يخبر بالباطن كما لو شهد اثنان بالاسلام وشهد آخران بالردة وان شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح لان بينة الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل ولا يقبل الجرح الا مفسرا وهو أن يذكر السبب الذى به جرح ولان الناس يختلفون فيما يفسق به الانسان ولعل من شهد بفسقه شهد على اعتقاده والحاكم لا يعتقد أن ذلك فسق والجرح والتعديل الى رأى الحاكم فوجب بيانه لينظر فيه ولا يشهد بالجرح من يشهد من الجيران وأهل الخبرة الا أن يعلم الجرح بالمشاهدة فى الافعال كالسرقة وشرب الخمر أو بالسماع فى الاقوال كالشتم والقذف والكذب واظهار ما يعتقده من البدع أو استفاض عنه ذلك بالخبر لانه شهادة على علم فأما اذا قال بلغنى أو قيل لى أنه يفعل أو يقول أو يعتقد لم يجز أن يشهد به لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون قال الشافعى رحمه الله ولا تقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول هو عدل على ولى فمن أصحابنا من قال يكفى أن يقول هو عدل وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لان قوله عدل يقتضى أنه عدل عليه وله وما ذكره الشافعى رحمه الله تعالى ذكره على سبيل الاستحباب ومنهم من قال لا يقبل حتى يقول عدل لى وعلى وهو قول أبى اسحق لان قوله عدل لا يقتضى العدالة على الاطلاق لانه قد يكون عدلا فى شىء دون شىء واذا قال عدل على ولى دل على العدالة على الاطلاق

(فصل) ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته بالشاهد لان المقصود معرفة العدالة فى الباطن ولا يعلم ذلك ممن لم يتقدم به معرفته ويقبل الجرح ممن تقدمت معرفته به وممن لم يتقدم معرفته لانه لا يشهد فى الجرح الا بما شاهد أو سمع أو استفاض عنه وبذلك يعلم فسقه

(فصل) وان شهد مجهول العدالة فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز للحاكم أن يحكم بشهادته لان البحث عن العدالة لحق المشهود عليه وهو قد شهد له بالعدالة والثانى أنه لا يحكم لان حكمه بشهادته حكم بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد ولان اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضى المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته

(فصل) وان ثبتت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان ثم شهد عند الحاكم بحق نظرت فان كان بعد زمان قريب حكم بشهادته ولم يسأل عن عدالته وان كان بعد زمان طويل ففيه وجهان أحدهما أنه يحكم بشهادته لان الاصل بقاء العدالة والثانى وهو قول أبى اسحق أنه لا يحكم بشهادته حتى يعيد السؤال عن عدالته لانه مع طول الزمان يتغير الحال

(فصل) وان شهد عنده شهود وارتاب بهم فالمستحب أن يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ومكانه وزمانه لما روى أن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال ففرقهم وسألهم فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت عليهم نار من السماء فأحرقتهم وان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم وان اتفقوا وعظهم لما روى أبو حنيفة رحمه الله قال كنت جالسا عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل فادعى على رجل حقا فأنكره فأحضر المدعى شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذى تقوم به السموات والارض لقد كذبا على فى الشهادة وكان محارب

(قوله وارتاب بهم) أى شك فيهم والريب والارتياب الشك وكذا الريبة ودانيال بالدال المهملة وكسر النون وكان ممن أسره بختنصر وحبسه ثم رأى رؤيا ففسرها له فأكرمه وخلاه

ابن دنار متكئا فاستوى جالسا وقال سمعت ابن عمر يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الطير لتخفق باجنحتها وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار فان صدقتما فاثبتا وان كذبتما فغطيا على رؤسكما وانصرفا فغطيا رؤسهما وانصرفا

﴿فصل﴾ والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل لقوله تعالى وشاورهم فى الامر قال الحسن ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاورتهم لغنيا ولكن أراد الله تعالى أن يستسن بذلك الحكام ولان النبى صلى الله عليه وسلم شاور فى أسارى بدر فأشار أبو بكر بالفداء وأشار عمر رضى الله عنهما بالقتل وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه ان أبا بكر رضى الله عنه كان اذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة أهل الرأى والفقه دعا رجالا من المهاجرين ورجالا من الانصار ودعا عمر وعثمان وعليا وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم فمضى أبو بكر على ذلك ثم ولى عمر رضى الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر فان اتفق أمر مشكل شاورهم فيه فان اتضح له الحق حكم به فان لم يتضح أخره الى أن يتضح ولا يقلد غيره لانه مجتهد فلا يقلد وقال أبو العباس ان ضاق الوقت وخاف الفوت بان يكون الحكم بين مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم كما قال فى القبلة اذا خاف فوت الصلاة وقد بينا ذلك فى كتاب الصلاة وان اجتهد فاداه اجتهاده الى حكم فحكم به ثم بان له انه أخطأ فان كان ذلك بدليل مقطوع به كالنص والاجماع والقياس الجلى نقض الحكم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الجهالات الى السنة وكتب الى أبى موسى لا يمنعك قضاء قضيت به ثم راجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطله شئ وان الرجوع الى الحق أولى من التمادى فى الباطل ولانه مفرط فى حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه

﴿فصل﴾ وان ولى قضاء بلد وكان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ لانه حكم ممن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه كالحكم من بعض الرعية وان كان يصلح للقضاء لم يجب عليه أن يتتبع أحكامه لان الظاهر أنها صحيحة فان أراد أن يتتبعها من غير متظلم فهل يجوز له ذلك أم لا فيه وجهان أحدهما وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى أنه يجوز لان فيه احتياطا والثانى أنه لا يجوز لانه يشتغل بما مضى لا يلزمه عن مستقبل يلزمه وان تظلم منه متظلم فان سأل احضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما لانه ربما قصد أن يبتذله ليحلف من غير حق وان قال لى عليه مال من معاملة أو غصب أو اتلاف أو رشوة أخذها منه على حكم أحضره وان قال حكم على بشهادة عبدين أو فاسقين ففيه وجهان أحدهما أنه يحضره كما يحضره اذا ادعى عليه مالا والثانى انه لا يحضره حتى يقيم بينة بما يدعيه لانه لا تتعذر اقامة البينة على الحكم فان حضر وقال ما حكمت عليه الا بشهادة حرين عدلين فالقول قوله لانه أمين وهل يحلف فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يحلف لأنه عدل والظاهر انه صادق والثانى انه يحلف لانه أمين ادعى عليه خيانة فلم يقبل قوله من غير يمين كالمودع اذا ادعى عليه خيانة وأنكرها وان قال جار على فى الحكم نظرت فان كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه كما ينقض على نفسه اذا حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد وان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد كثمن الكلب وضمان ما أتلف على الذمى من الخمر لم ينقضه كما لا ينقض على نفسه ما حكم فيه مما يسوغ فيه الاجتهاد لانا لو نقضنا ما يسوغ فيه الاجتهاد لم يستقر لاحد حق ولا ملك لانه كلما ولى حاكم نقض ما حكم به من قبله فلا يستقر لاحد حق ولا ملك

(قوله ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى بما فى حواصلها) يقال خفق الطائر اذا طار وأخفق اذا ضرب بجناحه والحوصلة من الطائر بمنزلة الكرش مما يجتر يجمع فيها الطائر الحب وجمعها حواصل والتشديد فى اللام لغة فيها (قوله يتبوأ مقعده من النار) أى يلزمه ويقيم فيه وقد ذكر (قوله تعالى وشاورهم فى الامر) أصله من شرت العسل اذ استخرجته من الخلية وهى بيت النحل كانه يستخرج ما عنده من الرأى وقد ذكر (قوله أولى من التمادى فى الباطل) التمادى اللجاج فى الشئ والاقامة عليه يقال تمادى فى غيه اذا أقام عليه ولج فى اتباعه (قوله ربما قصد أن يبتذله) الابتذال الامتهان وترك الصون وثياب البذلة التى تمتهن ولا تصان (قوله يسوغ فيه الاجتهاد) أى يليق ويسهل من قولهم ساغ الطعام اذا سهل مدخله فى الحلق

﴿فصل﴾ واذا خرج الى مجلس الحكم فالمستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ماروت أم سلمة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته يقول اللهم انى أعوذ بك من أن أزل أو أزل أو أضل أو أضل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل على" والمستحب أن يجلس مستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم خير المجالس ما استقبل به القبلة ولأنه قربة فكانت جهة القبلة فيها أولى كالاذان والمستحب أن يقعد وعليه السكينة والوقار من غير جبرية ولا استكبار لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا وهو متكئ على يساره فقال هذه جلسة المغضوب عليهم ويترك بين يديه القمطر مختوما ليترك فيه ما يجتمع من المحاضر والسجلات ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد ما يكتبه فان غلط فى شئ رده عليه

﴿فصل﴾ والمستحب أن يبدأ فى نظره بالمحبسين لان الحبس عقوبة وعذاب وربما كان فيهم من تجب تخليته فاستحب البداية بهم ويكتب أسماء المحبسين وينادى فى البلد ان القاضى يريد النظر فى أمر المحبسين فى يوم كذا فليحضر من له محبوس فاذا حضر الخصوم أخرج خصم كل واحد منهم فان وجب اطلاقه أطلقه وان وجب حبسه أعاده الى الحبس فان قال المحبوس حبست على دين وأنا معسر فان ثبت اعساره أطلق وان لم يثبت اعساره أعيد الى الحبس فان ادعى صاحب الدين أن له دارا وأقام على ذلك البينة فقال المحبوس هى لزيد سئل زيد فان أكذبه بيعت الدار وقضى الدين لان اقراره يسقط باكذابه وان صدقه زيد نظرت فان أقام زيد بينة ان الدار له حكم له بالدار ولم تبع فى الدين لان له بينة ويدا باقرار المحبوس ولصاحب الدين بينة من غير يد فقدمت بينة زيد وان لم يكن لزيد بينة ففيه وجهان أحدهما انه يحكم بها لزيد ولا تباع فى الدين لان بينة صاحب الدين بطلت باكذاب المحبوس وبقى اقرار المحبوس بالدار لزيد والثانى انه لا يحكم بها لزيد وتباع فى الدين لان بينة صاحب الدين شهدت للمحبوس بالملك وله بقضاء الدين من ثمنها فاذا أكذبها المحبوس سقطت البينة فى حقه ولم تسقط فى حق صاحب الدين

﴿فصل﴾ ثم ينظر فى أمر الاوصياء والامناء لانهم يتصرفون فى حق من لا يملك المطالبة به وهم الاطفال فاذا ادعى رجل انه وصى للميت لم يقبل قوله الا ببينة لان الاصل عدم الوصية فان أقام على ذلك بينة فان كان عدلا قويا أقر على الوصية وان كان فاسقا لم يقر على الوصية لان الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية وان كان عدلا ضعيفا ضم اليه غيره ليتقوى به وان أقام بينة ان الحاكم الذى كان قبله أنفذ الوصية اليه أقره ولم يسأل عن عدالته لان الظاهر انه لم ينفذ الوصية اليه الا وهو عدل فان كان وصيا فى تفرقة ثلثه فان لم يفرقه فالحكم فى اقراره على الوصية على ما ذكرناه وان كان قد فرقه فان كان عدلا لم يلزمه شئ وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعينين لم يلزمه شئ لانه دفع الموصى به الى مستحقه وان كانت الوصية لغير معينين ففيه وجهان أحدهما انه لا يغرم لانه دفع المال الى مستحقه فأشبه اذا كانت الوصية لمعينين والثانى انه يغرم ما فرقه لانه فرق ما لم يكن له تفرقته فغرمه كما لو فرق ما جعل تفرقته الى غيره

﴿فصل﴾ ثم ينظر فى اللقطة والضوال وأمر الوقوف العامة وغيرها من المصالح ويقدمها لانها لاهم لانه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها

(قوله وعليه السكينة والوقار) السكينة أصلها من السكون وهو ضد الحركة والوقار الحلم والرزانة وقد وقر الرجل يقر وقارا وقرة فهو وقور (قوله ويترك بين يديه القمطر) وهو وعاء الكتب وهو الذى يترك فيه المحاضر والسجلات قال الخليل خوف فى صدرك خير من ألف فى قمطرك وهو أيضا الرجل القصير المحاضر والسجلات المحاضر التى يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد منهما من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به والسجلات الكتب التى تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وامضائه وأصل السجل الصحيفة التى فيها الكتاب أى كتاب كان ذكر فى تفسير قوله تعالى كطى السجل للكتاب وقيل هو كاتب للنبى صلى الله عليه وسلم وهو مذكر ويقال عندى ثلاثة سجلات وأربعة سجلات ولا يؤنث لان المراد به الكتاب وهو مذكر ولا يقال ثلاث سجلات على لفظه (قوله قلده) التقليد فى الفتيا والحكم والقبالة وغيرها مأخوذ من القلادة التى تكون فى العنق كأن المدعى يجعل ما يلحقه من عهدة العمل والاثم الذى يعمل فيه بفتوى العالم وقضاء القاضى فى عنق المفتى والقاضى ويتخلص من مأثمه لان الاعمال توصف بكونها فى الاعناق قال الله تعالى وكل انسان ألزمناه طائره فى عنقه جاء فى التفسير عمله وان اجتهد وبذل الجهد فأخطأ فلا وزر عليه وله أجر وان تعمد الفتوى بغير حق أو أخطأ من غير أن يجتهد فى فتواه كان عليه وزره ولا شئ على المستفتى ويدل عليه قوله عليه السلام اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وان أخطأ فله أجر

﴿ باب ما يجب على القاضي في الخصوم والشهود ﴾

اذا حضر خصوم واحد بعد واحد قدم الاول فالاول لان الاول سبق الى حق له فقدم على من بعده كما لو سبق الى موضع مباح وان حضروا في وقت واحد أو سبق بعضهم وأشكل السابق أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة قدم لانه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه فان ثبت السبق لاحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز لان الحق له فجاز أن يؤثر به غيره كما لو سبق الى منزل مباح ولا يقدم السابق في أكثر من حكومة لانا لو قدمناه في أكثر من حكومة استوعب المجلس بدعاويه وأضر بالباقين وان حضر مسافرون ومقيمون في وقت واحد نظرت فان كان المسافرون قليلا وهم على الخروج قدموا لان عليهم ضررا في المقام ولا ضرر على المقيمين وحكى بعض أصحابنا فيه وجها آخر انهم لا يقدمون الا باذن المقيمين لتساويهم في الحضور وظاهر النص هو الاول وان كان المسافرون مثل المقيمين أو أكثر لم يجز تقديمهم من غير رضى المقيمين لان في تقديمهم اضرارا بالمقيمين والضرر لا يزال بالضرر وان تقدم الى الحاكم اثنان فادعى أحدهما على الآخر حقا فقال المدعى عليه أنا جئت به وأنا المدعي قدم السابق بالدعوى لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل وللسابق بالدعوى حق السبق فقدم

﴿فصل﴾ وعلى الحاكم ان يسوي بين الخصمين في الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما لما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه ولفظه واشارته ومقعده وكتب عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الاشعري آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولانه اذا قدم أحدهما على الآخر في شئ من ذلك انكسر الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته والمستحب أن يجلس الخصمان بين يديه لما روى عبد الله بن الزبير قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي ولان ذلك أمكن لخطابهما وان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا ففيه وجهان أحدهما انه يسوي بينهما في المجلس كما يسوي بينهما في الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما والثاني انه يرفع المسلم على الذمي في المجلس لما روي ان عليا رضي الله عنه حاكم يهوديا في درع الى شريح فقام شريح من مجلسه وأجلس عليا كرم الله وجهه فيه فقال علي عليه السلام لولا اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تسووا بينهم في المجالس لجلست معه بين يديك ولا يضيف أحدهما دون الآخر لما روي أن رجلا نزل بعلي بن أبي طالب عليه السلام فقال له ألك خصم قال نعم قال تحول عنا فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يضيفن أحد الخصمين الا ومعه خصمه ولان في اضافة أحدهما اظهار الميل وترك العدل ولا يسار أحدهما ولا يلقنه حجة لما ذكرناه ولا يأمر أحدهما باقرار لان فيه اضرارا به ولا بانكار لان فيه اضرارا بخصمه وان ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة فهل له أن يلقنه كيف يدعي فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه يجوز لانه لا ضرر على الآخر في تصحيح دعواه والثاني انه لا يجوز لانه ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته وله أن يزن عن أحدهما ما عليه لان في ذلك نفعهما وله أن يشفع لاحدهما لان الاجابة الى المشفوع اليه ان شاء شفعه وان شاء لم يشفعه وان مال قلبه الى أحدهما وأحب أن يفلح أحدهما على خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لانه لا يمكنه التسوية بينهم في المحبة والميل بالقلب ولهذا قلنا يلزمه التسوية بين النساء في القسم ولا يلزمه التسوية بينهن في المحبة والميل بالقلب

﴿فصل﴾ ولا ينتهر خصما لان ذلك يكسره ويمنعه من استيفاء الحجة وان ظهر من أحدهما لدد أو سوء

(قوله آس بين الناس) أي أصلح يقال أسوت بينهم أي أصلحت بينهم ويحتمل أن يكون معناه سو بينهم حتى يكون لكل واحد منهم اسوة لصاحبه والاسوة القدوة (قوله حتى لا يطمع شريف في حيفك) أصل الشرف العلو والرفعة مأخوذ من الجبل المشرف وهو العالي قال الشاعر

يبدو وتضمره البلاد كأنه
سيف على شرف يسل ويغمد

أي موضع عال والشريف من القوم الرفيع المنزلة العالي القدر والحسب (قوله في حيفك) أي في جورك والحيف الجور حاف أي جار قال الله تعالى أم يخافون ان يحيف الله عليهم ورسوله (قوله يميل اليه طبعه) الطبع والطباع ما ركب في الانسان من المطعم والمشرب وغيرهما من الاخلاق التي لا يزايلها يقال فلان كريم الطباع والطبائع وهو اسم مؤنث على فعال نحو مثال ومهاد (قوله وأحب أن يفلح) أي يغلب يقال فلح خصمه أي غلبه (قوله وان ظهر منه لدد) اللدد شدة الخصومة يقال رجل ألد بين اللدد وهو الشديد الخصومة وقوم لد قال الله تعالى لدا الخصام وقال وتنذر به قوما لدا وقال الازهري اللدد التواء الخصم في محاجته مأخوذ من اللديدين وهما جانباه

أدب نهاه فان عاد زبره وان عاد عزره ولا يزجر شاهدا ولا يتعنته لان ذلك يمنعه من الشهادة على وجهها ويدعوه الى ترك القيام بتحمل الشهادة وأدائها وفى ذلك تضييع للحقوق

﴿فصل﴾ فان كان بين نفسين حكومة فدعا أحدهما صاحبه الى مجلس الحكم وجبت عليه اجابته لقوله تعالى انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا فان لم يحضر فاستعدى عليه الحاكم وجب عليه أن يعديه لانه اذا لم يعده أدى ذلك الى ابطال الحقوق فان استدعاه الحاكم فامتنع من الحضور تقدم الى صاحب الشرطة ليحضره وان كان بينه وبين غائب حكومة ولم يكن عليه بينة فاستعدى الحاكم عليه فان كان الغائب فى موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما وان لم يكن حاكم وهناك من يتوسط بينهما كتب اليه لينظر بينهما وان لم يكن من ينظر بينهما لم يحضره حتى يحقق الدعوى لانه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وثمن الكلاب وقيمة خمر النصرانى فلا يكلفه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضى به ويخالف الحاضر فى البلد حيث قلنا انه يحضر قبل أن يحقق المدعى دعواه لانه لا مشقة عليه فى الحضور فان حقق الدعوى على الغائب أحضره لما روى ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب الى المهاجر بن أمية أن ابعث الى بقيس بن مكشوح فى وثاق فأحلفه خمسين يمينا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قتل دادويه ولانا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقا الى ابطال الحقوق فان استعداه على امرأة فان كانت برزة فهى كالرجل لانها كالرجل فى الخروج للحاجات وان كانت غير برزة لم تكلف الحضور بل توكل من يخاطب عنها وان توجهت عليها يمين بعث اليها من يحلفها لان النبى صلى الله عليه وسلم قال يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فبعث من يسمع اقرارها ولم يكلفها الحضور

﴿باب صفة القضاء﴾

اذا حضر عند القاضى خصمان وادعى أحدهما على الآخر حقا يصح فيه دعواه وسأل القاضى مطالبة الخصم بالخروج من دعواه طالبه وان لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان أحدهما انه لا يجوز للقاضى مطالبته لان ذلك حق للمدعى فلا يجوز استيفاؤه من غير اذنه والثانى وهو المذهب انه يجوز له مطالبته لان شاهد الحال يدل على الاذن فى المطالبة فان طولب لم يخل اما أن يقر أو ينكر أو لا يقر ولا ينكر فان أقر لزمه الحق ولا يحكم به الا بمطالبة المدعى لأن الحكم حق له فلا يستوفيه من غير اذنه فان طالبه بالحكم حكم له عليه وان أنكر فان كان المدعى لا يعلم أن له اقامة البينة قال له القاضى ألك بينة وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وان لم تكن له بينة وكانت الدعوى فى غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجوز للقاضى احلافه الا بمطالبة المدعى لأنه حق له فلا يستوفيه من غير اذنه وان أحلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لأنها يمين قبل وقتها وللمدعى أن يطالب باعادتها لان اليمين الاولى لم تكن يمينه وان أمسك المدعى عن احلاف المدعى عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لانه لم يسقط حقه من اليمين وانما أخرها وان قال أبرأتك من اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لان حقه لم يسقط بالابراء من اليمين فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لان هذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها من اليمين فان حلف سقطت الدعوى لما روى وائل بن حجر أن رجلا من حضرموت ورجلا من كندة أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى هذا غلبنى على أرض ورثتها من أبى وقال الكندى أرضى وفى يدى أزرعها لا حق له فيها فقال النبى صلى الله عليه وسلم شاهداك أو يمينه قال انه لا يتورع عن شئ فقال ليس لك الا ذلك وان امتنع عن اليمين سأله عن سبب امتناعه فان ابتدأ أو قال امتنعت لانظر فى الحساب أمهله ثلاثة أيام لانها مدة قريبة ولا يمهله أكثر

(قوله فان عاد زبره) الزبر الزجر والمنع يقال زبره يزبره بالضم زبرا اذا انتهره كذا ذكره الجوهرى (قوله ولا يتعنته) أى يطلب زلته يقال جاءنى فلان متعنتا اذا جاء يطلب زلتك وأصل العنت المشقة واستعدى عليه الحاكم أى استعانه يقال استعديت على فلان الامير فأعدانى أى استعنت به فأعاننى والاسم منه العدوى وهى المعونة قال زهير

وانى لتعدينى على الهم جسره
تخب بوصال صروم وتعنق

وصاحب الشرطة يقال أشرط فلان نفسه لامر كذا أى أعلمها وأعدها قال الاصمعى ومنه سمى الشرط لانهم جعلوا لانفسهم علامة يعرفون بها الواحد شرطة وشرطى وقال أبو عبيد سموا شرطة لانهم أعدوا (قوله ما قتل دادويه) ذكر القلعى أنه بدالين مهملتين مفتوحتين وتخفيف الياء وتسكينها (قوله فان كانت برزة وغير برزة) أى ظاهرة غير محتجبة وقد ذكر (قوله لا يتورع) لا يتقى والورع التقوى واجتناب المآثم وقد ذكر

منها الاسها مدة كثيرة فان لم يذكر عذر الامتناعه جعلناه كالاولا يقضى عليه بالحق بنكوله لان الحق انما يثبت بالاقرار أو البينة والنكول ليس باقرار ولا بينة فان بذل اليمين بعد النكول لم يسمع لان بنكوله ثبت للمدعى حق وهو اليمين فلم يجز ابطاله عليه فان لم يعلم المدعى أن اليمين صارت اليه قال له القاضى أتحلف وتستحق وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وان قال أحلف ردت اليمين عليه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق وروى أن المقداد استقرض من عثمان مالا فتحاكما الى عمر فقال المقداد هو أربعة آلاف وقال عثمان سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف انه سبعة آلاف فقال عمر انه أنصفك فلم يحلف عثمان فلما ولى المقداد قال عثمان والله لقد أقرضته سبعة آلاف فقال عمر لم تحلف فقال خشيت أن يوافق ذلك به قدر بلاء فيقال بيمينه واختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى فى نكول المدعى عليه مع يمين المدعى فقال فى أحد القولين هما بمنزلة البينة لانه حجة من جهة المدعى وقال فى القول الآخر هما بمنزلة الاقرار وهو الصحيح لان النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين ترتب عليه وله فصار كاقراره فان نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله أن بنكول المدعى عليه وجب للمدعى حق فى رد اليمين والقضاء له فلم يجز سؤال المدعى عليه وبنكول المدعى لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله فان سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لان له بينة يقيمها وحسابا ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه فى المدة ويترك ما ترك والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا انه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام أن بترك المدعى عليه يتأخر حق المدعى فى الحكم له وبترك المدعى لا يتأخر الا حقه وان قال امتنعت لانى لا أختار أن أحلف حكم بنكوله فان بذل اليمين بعد النكول لم يقبل فى هذه الدعوى لانه أسقط حقه منها فان عاد فى مجلس آخر واستأنف الدعوى وأنكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف فان حلف ترك وان نكل ردت اليمين على المدعى فاذا حلف حكم له لانها يمين فى غير الدعوى التى حكم فيها بنكوله فان كان له شاهد واختار أن يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين الى جنبة المدعى عليه فان أراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له فى هذا المجلس لان اليمين انتقلت عنه الى جنبة غيره فلم تعد اليه فان عاد فى مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز أن يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الاولى قد سقط وان حلف المدعى عليه فى الدعوى الاولى سقطت عنه المطالبة وان نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى لان للشاهد معنى تقوى به جنبة المدعى فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث فى القسامة وهل ترد اليمين على المدعى ليحلف مع الشاهد فيه قولان أحدهما انه لا ترد لانها كانت فى جنبته وقد أسقطها وصارت فى جنبة غيره فلم تعد اليه كالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت الى المدعى فنكل فانها لا ترد على المدعى عليه والقول الثانى وهو الصحيح انها ترد لأن هذه اليمين غير الاولى لأن سبب الاولى قوة جنبة المدعى بالشاهد وسبب الثانية قوة جنبته بنكول المدعى عليه واليمين الاولى لا يحكم بها الا فى المال وما يقصد به المال والثانية يقضى بها فى جميع الحقوق التى تسمع فيها الدعوى فلم يكن سقوط احداهما موجبا لسقوط الأخرى فان قلنا انها لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأنه تعين عليه ذلك وان قلنا انها ترد حلف مع الشاهد واستحق

(فصل) وان كانت الدعوى فى موضع لا يمكن رد اليمين على المدعى بأن ادعى على رجل دينا ومات المدعى ولا وارث له غير المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الاصطخرى أحدهما أنه يقضى بنكوله لأنه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف

(قوله أن يوافق قدر بلاء) القدر ما يقدر على الانسان ويقضى عليه من حكم الله السابق فى عمله يقال قدر وقدر بالفتح والاسكان وأنشد الأخفش شعر
ألا يا لقومى للنوائب والقدر
وللامر يأتى المرء من حيث لا يدرى
والبلاء ما يصيب الانسان من الشدة والتعب فى النفس والمال (قوله فى جنبة المدعى) جنبة بمعنى جانب (قوله نكل عن اليمين) قيل جبن وهاب لاقدام عليها قال
فلم أنكل عن الضرب مسمعا
أى أجبن ولم أمتنع وقيل نكل امتنع ومنه سمى القيد نكلا لانه يمنع المحبوس (قوله ملازمة الخصم الغريم) هو أن يقعد معه حيث قعد ويذهب معه حيث ذهب ولا يفارقه

عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعينون فتقضى بالنكول لموضع الضرورة والثانى وهو المذهب أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأن الرد لا يمكن لما ذكرناه والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه لأنه اما أن يكون صادقا في انكاره فلا ضرر عليه في اليمين أو كاذبا فيلزمه الاقرار وان ادعى وصى دينا للطفل في حجره على رجل وأنكر الرجل ونكل عن اليمين وقف الى أن يبلغ الطفل فيحلف لأنه لا يمكن رد اليمين على الوصى لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا على الطفل في الحال لأنه لا يصح يمينه فوجب التوقف الى أن يبلغ

﴿فصل﴾ وان كان للمدعى بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة لا تهمة فيها لأنها من جهة غيره واليمين حجة يتهم فيها لأنها من جهته ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها الا بمسئلة المدعى لأنه حق له فلا يستوفى الا باذنه فان قال المدعى عليه أحلفوه أنه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلف لأن في ذلك طعنا في البينة العادلة وان قال أبرأني منه فحلفوه انه لم يبرئنى منه أو قضيته فحلفوه انى لم أقضه حلف لأنه ليس في ذلك قدح في البينة وما يدعيه محتمل فحلف عليه وان كانت البينة غير عادلة قال له القاضى زدنى في شهودك وان قال المدعى لى بينة غائبة وطلب يمين المدعى عليه أحلف لأن الغائبة كالمعدومة لتعذر اقامتها فان حلف المدعى عليه ثم حضرت البينة وطلب سماعها والحكم بها وجب سماعها والحكم بها لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة ولأن البينة كالاقرار ثم يجب الحكم بالاقرار بعد اليمين فكذلك بالبينة وان قال لى بينة حاضرة ولكنى أريد أن أحلفه حلف لأنه قد يكون له غرض فى احلافه بان يتورع عن اليمين فيقر واثبات الحق بالاقرار أقوى وأسهل من اثباته بالبينة وان قال ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة أو قال كل بينة تشهد لى فهى كاذبة وطلب احلافه فحلف ثم أقام البينة على الحق ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنها لا تسمع لأنه كذبها بقوله والثانى انه ان كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لأنه كذبها وان كان غيره المستوثق بالبينة سمعت لانه لم يعلم بالبينة فرجع قوله لا بينة لى الى ما عنده والثالث انها تسمع بكل حال وهو الصحيح لانه يجوز أن يكون ما علم وان علم فلعله نسى فرجع قوله لا بينة لى الى ما يعتقده

﴿فصل﴾ وان قال المدعى لى بينة بالحق لم يجز له ملازمة الخصم قبل حضورها لقوله صلى الله عليه وسلم شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك وان شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح قال له قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندى وقد أطردتك جرحهما وان كان يعلم فله أن يقول وله أن يسكت فان قال المشهود عليه لى بينة بجرحهما نظر فان لم يأت بها حكم عليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى كتابه الى أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهى اليه فان أحضر بينته أخذت له حقه والا استحللت عليه القضية فانه أنفى للشك وأجلى للعمى ولا ينظر أكثر من ثلاثة أيام لانه كثير وفيه اضرار بالمدعى وان قال لى بينة بالقضاء أو الابراء أمهل ثلاثة أيام فان لم يأت بها حلف المدعى أنه لم يقضه ولم يبرئه ثم يقضى له لما ذكرناه وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لان الحق قد ثبت له فى الظاهر وان شهد له شاهدان لم تثبت عدالتهما فى الباطن فسأل المدعى أن يحبس الخصم الى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق وهو ظاهر المذهب انه يحبس لان الظاهر العدالة وعدم الفسق والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لا يحبس لأن الأصل براءة ذمته وان شهد له شاهد واحد وسأل أن يحبسه الى أن يأتى بشاهد آخر ففيه قولان أحدهما انه يحبس كما يحبس اذا جهل عدالة الشهود والثانى انه لا يحبس وهو الصحيح لأنه لم يأت بتمام البينة ويخالف اذا جهل عدالتهم لان البينة تم

(قوله لطعن فى البينة) طعن فيه بالقول يطعن اذا انتقصه وجرحه (قوله أولى من اليمين الفاجرة) معناه الكاذبة وقد ذكرنا أن الفجر أصله الشق ومنه سمى الفجر وقيل انه الميل عن القصد فقيل للكاذب فاجر لانه مال عن الصدق وقيل للمائل عن الخير والعادل عنه فاجر لانه مال عن الرشد (قوله أطردتك جرحهما) يحتمل معنيين أحدهما أن يكون من الطرد بالتحريك وهو مزاولة الصيد كانه يزاول جرحه ويختله من حيث لا يعلم والثانى يحتمل أن يكون معناه الاتباع أى جعلتك أن تتبعه وتنظر زلاته ومعايبه من مطاردة الفرسان (قوله أمدا ينتهى اليه) الأمد الغاية كالمدى يقال ما أمدك أى منتهى عمرك (قوله والا استحللت عليه القضية) يحتمل معنيين أحدهما أن يكون من الحلال ضد الحرام أى جعلت أن تقضى عليه ولم يحرم عليك والثانى أن يكون من الحلول ضد التحويل أى قد وجب القضاء عليه ومن حوله ولم يجز تنحيه (قوله أنفى للشك وأجلى للعمى) أى أوضح وأبين من جلا الخبر أى وضح وبان والعمى ههنا أراد به عمى القلب والتحير عن الصواب

عددها والظاهر عدالتها وقال أبو اسحق ان كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولا واحدا لان الشاهد الواحد حجة فيه لانه يحلف معه

﴿فصل﴾ واذا علم القاضي عدالة الشاهد أو فسقه عمل بعلمه في قبوله ورده وان علم حال المحكوم فيه نظرت فان كان ذلك في حق الآدمي ففيه قولان أحدهما انه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله عليه السلام للحضرمي شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك ولانه لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده والثاني وهو الصحيح وهو اختيار المزني رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق اذا رآه أو علمه أو سمعه ولانه اذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن فلان يجوز أن يحكم بما سمعه ورآه وهو على علم أولى وان كان ذلك في حق الله تعالى ففيه طريقان أحدهما وهو قول أبي العباس وأبي على بن أبي هريرة انها على قولين كحقوق الآدميين والثاني وهو قول أكثر أصحابنا انه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه قولا واحدا لما روى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي ولانه مندوب الى ستره ودرئه والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم هلا سترته بثوبك يا هزال فلم يجز الحكم فيه بعلمه

﴿فصل﴾ وان سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم ان أجبت والا جعلتك ناكلا والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثا فان لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعي وقضى له لأنه لا يخلو اذا أجاب من أن يقر أو ينكر فان أقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر وان أنكر فقد وصل انكاره بالنكول عن اليمين فقضينا عليه بما يجب على المنكر اذا نكل عن اليمين

﴿فصل﴾ واذا تحاكم الى الحاكم أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة الا عدلين لأنه اثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل الا من عدلين كالاقرار وان كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك في الترجمة وان كان مما لا يقبل فيه الا ذكرين لم يقبل في الترجمة الا ذكرين فان كان اقرارا بالزنا ففيه قولان أحدهما انه يثبت بشاهدين والثاني انه لا يثبت الا بأربعة

﴿فصل﴾ وان حضر رجل عند القاضي وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر فهرب أو على حاضر في البلد استتر وتعذر احضاره فان لم يكن معه بينة لم يسمع دعواه لان استماعها لا يفيد وان كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بينته لأنا لو لم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقا الى اسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها ولا يحكم عليه الا أن يحلف المدعي انه لم يبرئ من الحق لأنه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة ابراء أو قضاء أو حوالة ولهذا لو حضر من عليه الحق وادعى البراءة بشئ من ذلك سمعت دعواه وحلف عليه المدعي فاذا تعذر حضوره وجب على الحاكم أن يحتاط له ويحلف عليه المدعي وان ادعى على حاضر في البلد يمكن احضاره ففيه وجهان أحدهما انه تسمع الدعوى والبينة ويقضى بها بعد ما يحلف المدعي لانه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد والمستتر في البلد والثاني أنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب لانه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلس الحكم وان ادعى على ميت سمعت البينة وقضى عليه فان كان له وارث كان احلاف المدعي اليه وان لم يكن له وارث فعلى الحاكم أن يحلفه ثم يقضى له وان كان على صبي سمعت البينة وقضى عليه بعد ما يحلف المدعي لانه تعذر الرجوع الى جوابه فقضى عليه مع يمين المدعي كالغائب والمستتر وان حكم على الغائب ثم قدم أو على الصبي ثم بلغ كان على حجته في القدح في البينة والمعارضة ببينة يقيمها على القضاء أو الابراء

(قوله هيبة لناس) الهيبة الاجلال والمخافة وهبت الشئ وتهيبني أي خفته (قوله ولا يقبل في الترجمة الا عدلان) يقال ترجم كلامه اذا فسره بلسان آخر ومنه الترجمان والجمع التراجم مثل زعفران وزعافر ويقال ترجمان ولك أن تضم التاء بضم الجيم فتقول ترجمان مثل سروع وسروع قال * كالترجمان لقي الانباطا * القياس الجلي نقيض الخفي وجلوت الشئ أظهرته بعد خفائه ولهذا سمي الصبح ابن جلاء لانه يجلو الاشخاص ويظهرها من ظلم الليل

﴿فصل﴾ ويجوز للقاضي أن يكتب الى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به ويجوز أن يكتب اليه فيما حكم به لينفذه لما روى الضحاك بن قيس قال كتب الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ولان الحاجة تدعو الى كتاب القاضي الى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به وفيما حكم به لينفذه فان كان الكتاب فيما حكم به جاز قبول ذلك في المسافة القريبة والبعيدة لأن ما حكم به يلزم كل أحد امضاؤه وان كان فيما ثبت عنده لم يجز قبوله اذا كان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة لأن القاضي الكاتب فيما جل شهود الكتاب كشاهد الأصل والشهود الذين يشهدون بما في الكتاب كشهود الفرع وشاهد الفرع لا يقبل مع قرب شاهد الاصل

﴿فصل﴾ ولا يقبل الكتاب الا أن يشهد به شاهدان وقال أبو ثور يقبل من غير شهادة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة وقال أبو سعيد الاصطخري اذا عرف المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله وهذا خطأ لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلا يؤمن أن يزور على الخط والختم واذا أراد انفاذ الكتاب أحضر شاهدين ويقرأ الكتاب عليهما أو يقرأ غيره وهو يسمعه والمستحب أن ينظر الشاهدان في الكتاب حتى لا يحذف منه شئ وان لم ينظرا جاز لأنهما يؤديان ما سمعا واذا وصلا الى القاضي المكتوب اليه قرآ الكتاب عليه وقالا نشهد ان هذا الكتاب كتاب فلان اليك وسمعناه وأشهدنا انه كتب اليك بما فيه وان لم يقرآ الكتاب ولكنهما سلماه اليه وقالا نشهد انه كتب اليك بهذا لم يجز لانه ربما زور الكتاب عليهما وان انكسر ختم الكتاب لم يضر لان المعول على ما فيه وان أمحى بعضه فان كانا يحفظان ما فيه أو معهما نسخة أخرى شهدا وان لم يحفظاه ولا معهما نسخة أخرى لم يشهدا لأنهما لا يعلمان ما أمحى منه

﴿فصل﴾ وان مات القاضي الكاتب أو عزل جاز للمكتوب اليه قبول الكتاب والعمل به لانه ان كان الكتاب بما حكم به وجب على كل من بلغه أن ينفذه في كل حال وان كان الكتاب بما ثبت عنده فالكاتب كشاهد الاصل وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموت شاهد الاصل لا يمنع من قبول شهادة شهود الفرع وان فسق الكاتب ثم وصل كتابه فان كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر فسقه لان الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده وان كان فيما ثبت عنده لم يجز الحكم به لانه كشاهد الاصل وشاهد الاصل اذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع وان مات القاضي المكتوب اليه أو عزل أو ولي غيره قبل الكتاب لان المعول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته

﴿فصل﴾ فان وصل الكتاب الى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه لان الاصل أنه لا مطالبة عليه فان أقام المدعي بينة أنه فلان بن فلان فقال أنا فلان بن فلان الا أني غير المحكوم عليه لم يقبل قوله الا أن يقيم البينة ان له من يشاركه في جميع ما وصف به لان الاصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة وان أقام بينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به توقف عن الحكم حتى يعرف من المحكوم عليه منهما واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق فقال المحكوم عليه اكتب الى الحاكم الكاتب انك حكمت على حتى لا يدعي علي ثانيا ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله أنه يلزمه لانه لا يأمن أن يدعي ثانيا ويقيم عليه البينة فيقضي عليه ثانيا والثاني أنه لا يلزمه لان الحاكم انما يكتب ما حكم به أو ثبت عنده والكاتب هو الذي حكم أو ثبت عنده دون المكتوب اليه

﴿فصل﴾ اذا ثبت عند القاضي حق بالاقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من

(قوله لا يؤمن أن يحرف) تحريف الكلام عن مواضعه تغييره (قوله ختم الكتاب) أي يجعل عليه شئ من شمع أو ما شاكله ويعلم عليه بعلامة من كتاب أو غيره وأصله عند العرب ختم الدن وهو وعاء الخمر بالطين قال الاعشى
وصهباء يطوف يهودها
وأبرزها وعليها ختم

الاقرار لزمه ذلك لانه لا يؤمن أن ينكر المقر فلزمه الاشهاد ليكون حجة له اذا أنكر وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه فسأله المدعى ان يشهد على نفسه لزمه لانه لا حجة للمدعى غير الاشهاد وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأله المدعى الاشهاد ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب لان له بالحق بينة فلم يلزم القاضى تجديد بينة أخرى والثانى أنه يلزمه لان فى اشهاده على نفسه تعديلا لبينته واثباتا لحقه والزاما لخصمه فان ادعى عليه حقا فأنكره وحلف عليه وسأله الحالف أن يشهد على براءته لزمه ليكون حجته له فى سقوط الدعوى حتى لا يطالبه بالحق مرة أخرى وان سأله أن يكتب له محضرا فى هذه المسائل كلها وهو أن يكتب ما جرى وما ثبت به الحق فان لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ولم يأته المحكوم له بقرطاس لم يلزمه أن يكتب لان عليه أن يكتب وليس عليه أن يغرم وان كان عنده قرطاس من بيت المال أو أتاه صاحب الحق بقرطاس فهل يلزمه أن يكتب المحضر فيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لانه وثيقة بالحق فلزمه كالاشهاد على نفسه والثانى أنه لا يلزمه لان الحق يثبت باليمين أو بالبينة دون المحضر وان سأله أن يسجل له وهو أن يذكر ما يكتبه فى المحضر ويشهد على انفاذه ويسجل له فهل يلزم ذلك أم لا على ماذكرناه فى كتب المحضر وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب فى نسختين احداهما يسلم الى المحكوم له والاخرى تكون فى ديوان الحكم فان حضر عند القاضى رجلان لا يعرفهما وحكم بينهما ثم سأل المحكوم له كتب محضر أو سجل كتب حضر الى رجلان قال أحدهما انه فلان بن فلان وقال الآخر انه فلان بن فلان ويحليهما ويذكر ماجرى بينهما ويشهد على ذلك

﴿فصل﴾ وان اجتمعت عنده محاضر وسجلات كتب على كل محضر اسم المتداعيين ويضم ما اجتمع منها فى كل شهر أو فى كل سنة على قدر قلتها وكثرتها وضم بعضها الى بعض ويكتب عليها محاضر شهر كذا وكذا من سنة كذا ليسهل عليه طلبته اذا احتاج اليه وان حضر رجلان عند القاضى فادعى أحدهما أن له فى ديوان الحكم حجة على خصمه فوجدها فان كان حكما حكم به غيره لم يعمل به الا أن يشهد به شاهدان ان هذا حكم به فلان القاضى ولا يرجع فى ذلك الى الخط والختم فانه يحتمل التزوير فى الخط والختم وان كان حكما حكم هو به فان كان ذاكرا للحكم به عالما به عمل به وألزم الخصم حكمه وان كان غير ذاكر لم يعمل به لانه يجوز أن يكون قد زور على خطه وختمه وان شهد اثنان عليه أنه حكم به لم يرجع الى شهادتهما لانه يشك فى فعله فلا يرجع فيه الى قول غيره كما لو شك فى فرض من فروض صلاته فان شهد الشاهدان على حكمه عند حاكم آخر انفذ ما شهدا به فان شهد شاهدان أن الاول توقف فى شهادتهما لم يجز للثانى أن ينفذ الحكم الذى شهدا به لان الشهود فرع للحاكم الأول فاذا توقف الاصل لم يجز الحكم شهادة الفرع كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد الاصل ثم شهد شاهدان أن شاهد الاصل توقف فى الشهادة

﴿فصل﴾ اذا اتضح الحكم للقاضى بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح فان لم يفعلا لم يجز ترداد هما لان الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم

﴿فصل﴾ اذا قال القاضى حكمت لفلان بكذا قبل قوله لانه يملك الحكم فقبل الاقرار به كالزوج لما ملك الطلاق قبل اقراره به وان عزل ثم قال حكمت لفلان بكذا لم يقبل اقراره لانه لا يملك الحكم فلم يملك الاقرار به وهل يكون شاهدا فى ذلك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يكون شاهدا لانه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه وذلك لا يوجب رد شهادته كما لو قالت امرأة أرضعت هذا الصبى والثانى وهو المذهب أنه لا يكون شاهدا لان شهادته بالحكم تثبت لنفسه

العدالة لان الحكم لا يكون الا من عدل فيلحقه التهمة فى هذه الشهادة فلم تقبل وبخالف المرضعة لان شهادتها بالرضاع لا تثبت عدالة لنفسها لان الرضاع يصح من غير عدل ولان المغلب فى الرضاع فعل المرتضع ولهذا يصح بدونها والمغلب فى الحكم فعل الحاكم فيكون شهادته على فعله فلم يقبل وبالله التوفيق

﴿باب القسمة﴾

تجوز قسمة الاموال المشتركة لقوله عزوجل واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا ولان النبى صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر بينهما وقسم غنائم حنين بأوطاس وقيل بالجعرانة ولان بالشركاء حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف فى ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الايدى وسوء المشاركة

﴿فصل﴾ ويجوز لهم أن يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصبوا من نقسم بينهم ويجوز أن يرفعوا الى الحاكم لينصب من نقسم بينهم ويجب أن يكون القاسم عالما بالقسمة ليوصل كل واحد منهم الى حقه كما يجب أن يكون الحاكم عالما ليحكم بينهم بالحق فان كان القاسم من جهة الحاكم لم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا الا انه نصبه لالزام الحكم فلم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا كالحاكم فان لم يكن فيها تقويم جاز قاسم واحد وان كان فيها تقويم لم يجز أقل من اثنين لان التقويم لا يثبت الا باثنين وان كان فيها خرص ففيه قولان أحدهما انه يجوز أن يكون الخارص واحدا والثانى انه يجب أن يكون الخارص اثنين

﴿فصل﴾ فان كان القاسم نصبه الحاكم كانت أجرته من سهم المصالح لما روى ان عليا رضى الله عنه أعطى القاسم من بيت المال ولانه من المصالح فكانت أجرته من سهم المصالح فان لم يكن فى بيت المال شئ وجبت على الشركاء على قدر أملاكهم لانه مؤنة تجب لمال مشترك فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة وان كان القاسم نصبه الشركاء جاز أن يكون فاسقا وعبدا لانه وكيل لهم وتجب أجرته عليهم على ما شرطوا لانه أجيرلهم

﴿فصل﴾ وان كان فى القسمة رد فهو بيع لان صاحب الرد بذل المال فى مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضا وان لم يكن فيها رد ففيه قولان أحدهما انها بيع لان كل جزء من المال مشترك بينهما فاذا أخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه والقول الثانى انها افراز النصيبين وتمييز الحقين لانها لو كانت بيعا لم يجز تعليقه على ما تخرجه القرعة ولانها لو كانت بيعا لافتقرت الى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع فان قلنا انها بيع لم يجز فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذى انعقدت أجزاؤه بالنار وان قلنا انها افراز النصيبين جاز وان قسم الحبوب والادهان فان قلنا انها بيع لم يجز أن يتفرقا من غير قبض ولم يجز قسمتها الا بالكيل كما لا يجوز فى البيع وان قلنا انها فرز النصيبين لم يحرم التفرق فيه قبل التقابض ويجوز قسمتها بالكيل والوزن وان كانت بينهما ثمرة على شجرة فان قلنا ان القسمة بيع لم تجز قسمتها خرصا كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصا وان قلنا انها تمييز الحقين فان كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لانها لا يصح فيها الخرص وان كانت ثمرة النخل والكرم جاز لانه يجوز خرصها لحق الفقراء فى تركة فجاز للشركاء

﴿فصل﴾ وان وقف على قوم نصف أرض وأراد أهل الوقف ان يقاسموا صاحب الطلق فان قلنا ان القسمة بيع لم يصح وان قلنا انها تمييز الحقين نظرت فان لم يكن فيها رد صحت وان كان فيها رد فان كان

(قوله ومن باب القسمة) قوله تعالى فارزقوهم منه أى اعطوهم والرزق العطاء ورزق الجند عطاؤهم وقولوا لهم قولا معروفا قال فى التفسير قولا جميلا للاعتذار (قوله وان كان بينهما أراض) قال أهل النحو لا يجوز جمع أرض على أراض والصواب أرضون بفتح الراء لان أفاعل جمع أفعل كأحمر وأحامر وأفكل وأفاكل ولا يجمع فعل على أفاعل بل يجمع على أرضين وآراض فى القليل وأعرض أيضا وقال الجوهرى أراض جمع آراض جمع الجمع (قوله فان كان فى القسمة رد) الرد ما يرده أحد الشريكين الى صاحبه اذا لم يتعادل الجزآن فيرد صاحب الجزء الكثير على صاحب القليل من رده اذا رجعه اليه (قوله فرز النصيبين) الفرز مصدر فرزت الشئ أفرزه فرزا اذا عزلته عن غيره وميزته والقطعة منه فرزة بالكسر وكذلك أفرزته بالهمز وكذلك لتمييزه منه لا ضرر ولا ضرار وقد ذكر (قوله صاحب الطلق) بكسر الطاء هو ضد الوقف سمى طلقا لان مالكه مطلق التصرف فيه والوقف غير مطلق التصرف بل هو ممنوع من بيعه وهبته والطلق أيضا الحلال

من أهل الوقف جاز لانهم يتنازعون الطلق وان كان من أصحاب الطلق لم يجز لانهم يتنازعون الوقف

﴿فصل﴾ وان طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت فان لم يكن على واحد منهم ضرر في القسمة كالحبوب والادهان والثياب الغليظة وما تساوت أجزاؤه من الارض والدور أجبر الممتنع لان الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال وان يتخلص من سوء المشاركة من غير اضرار باحد فوجبت اجابته الى ما طلب وان كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة التي تنقص قيمتها بالقطع والرحى الواحدة والبئر والحمام الصغير لم يجبر الممتنع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال ولانه اتلاف مال وسفه يستحق بها الحجر فلم يجبر عليه وان كان على أحدهما ضرر دون الآخر نظرت فان كان الضرر على الممتنع أجبر عليها وقال أبو ثور رحمه الله لا يجبر لانها قسمة فيها ضرر فلم يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما وهذا خطأ لانه يطلب حقا له فيه منفعة فوجبت الاجابة اليه وان كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على رجل لا يملك الا ما يقضي به دينه وان كان الضرر على الطالب دون الآخر ففيه وجهان أحدهما انه يجبر لانه قسمة لا ضرر فيها على أحدهما فاجبر الممتنع كما لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب والثاني انه لا يجبر وهو الصحيح لانه يطلب ما لا يستضر به فلم يجبر الممتنع ويخالف اذا لم يكن على الطالب ضرر لانه يطلب ما ينتفع به وهنا يطلب ما يستضر به وذلك سفه فلم يجبر الممتنع

﴿فصل﴾ وان كان بينهما دور أو أراض مختلفة في بعضها نخل وفي بعضها شجر أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها يسقى بالناضح وطلب أحدهما أن يقسم بينهما أعيانا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين قسم كل عين لان كل واحد منهما له حق في الجميع فجاز له أن يطالب بحقه في الجميع وان كان بينهما عضائد متلاصقة وأراد أحدهما أن يقسم أعيانا وطلب الآخر أن يقسم كل واحد منها على الانفراد ففيه وجهان أحدهما تقسم أعيانا كالدار الواحدة اذا كان فيها بيوت والثاني أنه يقسم كل واحدة منها لأن كل واحدة على الانفراد فقسم كل واحد منها كالدور المتفرقة

﴿فصل﴾ وان كان بينهما دار وطلب أحدهما أن تقسم فيجعل العلو لاحدهما والسفل للآخر وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع لان العلو تابع للعرصة في القسمة ولهذا لو كان بينهما عرصة وطلب أحدهما القسمة وجبت القسمة ولو كان بينهما غرفة فطلب أحدهما القسمة لم يجب ولا يجوز أن يجعل التابع في القسمة متبوعا

﴿فصل﴾ وان كان بين ملكيهما عرصة حائط فاراد أن تقسم طولا فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول في كمال العرض واتفقا عليه جاز وان طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها لانه لا ضرر فيها وان أراد قسمتها عرضا في كمال الطول واتفقا عليه جاز وان طلب أحدهما وامتنع الآخر ففيه وجهان أحدهما انه لا يجبر لانه لا تدخله القرعة لانه اذا أقرع بينهما ربما صار بها ما لكل واحد منهما الى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التي فيها رد والثاني وهو الصحيح انه يجبر عليها لانه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين ان ينتفع بحصته اذا قسم فأجبر على القسمة كما لو أراد أن يقسماها طولا فان كان بينهما حائط فاراد قسمته نظرت فان أراد قسمته طولا في كمال العرض واتفقا عليه جاز وان أراد ذلك واحد وامتنع الآخر ففيه وجهان أحدهما انه لا يجبر لانه لا بد من قطع الحائط وفي ذلك اتلاف والثاني انه يجبر وهو الصحيح لانه تمكن قسمته على وجه ينتفعان به فأجبر عليها كالعرصة فان أراد قسمته عرضا في كمال الطول واتفقا عليها جاز وان طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لان ذلك اتلاف وفساد

﴿فصل﴾ وان كان بينهما أرض مختلفة الاجزاء بعضها عامر وبعضها خراب أو بعضها قوي وبعضها

(قوله يسقى بالسيح) هو الماء الجاري على وجه الارض وقد ذكر في الزكاة والناضح البعير الذي يستقى عليه والاثنى ناضحة وسانية والناضح الذي ينضح على البعير أي يسوق السانية ويسقى بخلاف غيره (قوله وان كان بينهما عضائد) أراد دكاكين متلاصقة متوالية البناء قال الجوهري اعضاد كل شيء يسند حوله من البناء وغيره كاعضاد الحوض وهي حجارة تنصب حول شفيره واحدها سميت عضائد من هذا البناء ويقال عضد من نخل اذا كانت منعطفة متساوية والعرصة هي ساحة فارغة لا بناء فيها بين الدور والجمع العراص والعرصات والحائط معروف وهو الجدار سمي حائطا لانه يحيط بما دونه

ضعيف أو بعضها شجر أو بناء وبعضها بياض أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالناضح نظرت فان أمكن التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه بان يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها فاذا قسمت بينهما نصفين صار الى كل واحد منهما من الجيد والرديء مثل ما صار الى الآخر من الجيد والرديء فطلب أحدهما هذه القسمة أجبر الآخر عليها لانها كالارض المتساوية الاجزاء في امكان التسوية بينهما فيها وان لم تمكن التسوية بينهما في الجيد والرديء بان كانت العمارة أو الشجر أو البناء في أحد النصفين دون الآخر نظرت فاذا أمكن أن يقسم قسمة تعديل بالقيمة بان تكون الارض ثلاثين جريبا وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها فدعا الى ذلك أحد الشريكين وامتنع الآخر ففيه قولان أحدهما انه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوي في الذرع وتوقف القسمة الى ان يتراضيا والقول الثاني انه يجبر لوجود التساوي بالتعديل فعلى هذا في أجرة القسام وجهان أحدهما انه يجب على كل واحد منهما نصف الاجرة لانهما يتساويان في أصل الملك والثاني انه يجب على صاحب العشرة ثلث الاجرة وعلى صاحب العشرين ثلثاها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة وان أمكن قسمته بالتعديل وقسمة الرد فدعا أحدهما الى قسمة التعديل ودعا الآخر الى قسمة الرد فان قلنا ان قسمة التعديل يجبر عليها فالقول قول من دعا اليها لان ذلك مستحق وان قلنا لا يجبر وقف الى أن يتراضيا على احداهما

﴿فصل﴾ وان كانت بينهما أرض مزروعة وطلب أحدهما قسمة الارض دون الزرع وجبت القسمة لان الزرع لا يمنع القسمة في الارض فلم يمنع وجوبها كالقماش في الدار وان طلب أحدهما قسمة الارض والزرع لم يجبر لان الزرع لا يمكن تعديله فان تراضيا على ذلك فان كان بذرا لم يجز قسمته لانه مجهول وان كان قد ظهر فان كان مما لا ربا فيه كالقصيل والقطن جاز لانه معلوم مشاهد وان كان قد انعقد فيه الحب لم يجز لانا ان قلنا ان القسمة بيع لم يجز لانه بيع أرض وطعام بأرض وطعام ولانه قسمة مجهول ومعلوم وان قلنا ان القسمة فرز النصيبين لم يجز لانه قسمة مجهول ومعلوم

﴿فصل﴾ وان كان بينهما عبيد أو ماشية أو اخشاب أو ثياب فطلب أحدهما قسمتها أعيانا وامتنع الآخر فان كانت متفاضلة لم يجبر الممتنع وان كانت متماثلة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس وأبي اسحق وأبي سعيد الاصطخري أنه يجبر الممتنع وهو ظاهر المذهب لانها متماثلة والثاني وهو قول أبي علي بن خيران وأبي علي بن أبي هريرة أنه لا يجبر الممتنع لانها أعيان مختلفة فلم يجبر على قسمتها أعيانا كالدور المتفرقة

﴿فصل﴾ وان كان بينهما منافع فأرادا قسمتها مهايأة وهو أن تكون العين في يد أحدهما مدة ثم في يد الآخر مثل تلك المدة جاز لان المنافع كالاعيان فجاز قسمتها كالاعيان وان طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ومن أصحابنا من حكى فيه وجها آخر أنه يجبر كما يجبر على قسمة الاعيان والصحيح أنه لا يجبر لان حق كل واحد منهما تعجل فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة ويخالف الاعيان فانه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد فاذا عقدا على مدة اختص كل واحد منهما بمنفعته في المدة وان كان يحتاج الى النفقة كالعبد والبهيمة كانت نفقته على من يستوفي منفعته وان كسب العبد كسبا معتادا في مدة أحدهما كان لمن هو في مدته وهل تدخل فيها الاكساب النادرة كاللقطة والركاز والهبة والوصية فيه قولان أحدهما أنها تدخل فيها لانها كسب فأشبه المعتاد والثاني أنها لا تدخل فيها لان المهايأة بيع لانه يبيع حقه من الكسب في أحد اليومين بحقه في اليوم الآخر والبيع لا يدخل فيه الا ما يقدر على تسليمه في العادة والنادر لا يقدر على تسليمه في المدة فلم يدخل فيه فعلى هذا يكون بينهما

(قوله وان أراد قسمتها مهايأة) المهايأة أصلها الاصلاح وهيأت الشئ أصلحته وهي مفاعلة من ذلك فاذا تصالحا على هذه القسمة قيل تهايآ مهايأة والجريب قد ذكر وذكرنا ان التركة ما يتركه الميت تراثا فعلة من الترك

(فصل) وينبغي للقاسم أن يحصي عدد أهل السهام ويعدل السهام بالاجزاء أو بالقيمة أو بالرد فان تساوى عددهم وسهامهم كثلاثة بينهم أرض أثلاثا فله أن يكتب الاسماء ويخرج على السهام وله أن يكتب السهام ويخرج على الاسماء فان كتب الاسماء كتبها في ثلاث رقاع في كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الاول فمن خرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثاني فمن خرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث فان كتب السهام كتب في ثلاث رقاع في رقعة السهم الاول وفي رقعة السهم الثاني وفي رقعة السهم الثالث ثم يأمر باخراج رقعة على اسم أحد الشركاء فأي سهم خرج أخذه ثم يأمر باخراج رقعة على اسم آخر فأي سهم خرج أخذه الثاني ثم يتعين السهم الباقي للشريك الثالث وان اختلفت سهامهم فان كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداسا ويكتب الاسماء ويخرج على السهام فيأمر أن يخرج على السهم الاول فان خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج على السهم الثاني فان خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثاني والذي يليه لان له سهمين وتعين الباقي لصاحب النصف وان خرجت الرقعة الاولى على اسم صاحب النصف أخذ السهم الاول والذين يليانه وهو الثاني والثالث ثم يخرج على السهم الرابع فان خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذي يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس وانما قلنا انه يأخذ مع الذي يليه لينتفع بما يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج في هذا القسم السهام على الاسماء لانا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول آخذه وسهمين قبله ويقول الآخر بل تأخذه وسهمين بعده فيؤدي الى الخلاف والخصومة

(فصل) واذا ترافع الشريكان الى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة اجبار لم يعتبر تراضي الشركاء لانه لما لم يعتبر التراضي في ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة فان نصب الشريكان قاسما فقسم بينهم فالمنصوص أنه يعتبر التراضي في ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة وقال في رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان أحدهما أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما والثاني أنه لا يلزم الحكم الا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لانه نصبه الشريكان فيكون على قولين أحدهما وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة لانه لما اعتبر الرضى في الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة والثاني أنه لا يعتبر لان القاسم مجتهد في تعديل السهام والاقراع فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم وان كان في القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم الا بالتراضي وقال أبو سعيد الاصطخري تلزم من غير تراض كقسمة الاجبار وهذا خطأ لان في قسمة الاجبار لا يعتبر الرضى في الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة

(فصل) اذا تقاسما بالتراضي ثم ادعى أحدهم غلطا فان كان في قسمة اجبار لم يقبل قوله من غير بينة لان القاسم كالحاكم فلم يقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم فان أقام البينة على الغلط نقضت القسمة وان كان في قسمة اختيار نظرت فان تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لانه رضي بأخذ حقه ناقصا وان قامت بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضي دون حقه ناقصا وان قسم بينهما قاسم نصباه فان قلنا انه يفتقر الى التراضي بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لانه رضي بأخذ الحق ناقصا وان قلنا انه لا يفتقر الى التراضي بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله الا ببينة فان كان في قسمة رد فيعتبر قوله على المذهب وعلى قول أبي سعيد الاصطخري هو كقسمة الاجبار فلم يقبل قوله الا ببينة

(فصل

﴿فصل﴾ وان تنازع الشريكان بعد القسمة في بيت في دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه في سهمه ولم يكن لهما بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا في المتبايعين وان وجد أحدهما عيبا صار اليه عينا فله الفسخ كما قلنا في البيع

﴿فصل﴾ اذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لاحدهما شيء بعينه نظرت فان استحق مثله من نصيب الآخر أمضيت القسمة وان لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لان لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع في سهم شريكه واذا استحق ذلك عادت الاشاعة واذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة في المستحق وهل تبطل في الباقي فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يبنى على تفريق الصفقة فان قلنا ان الصفقة لا تفرق بطلت القسمة في الجميع وان قلنا انها تفرق صحت في الباقي والثاني وهو قول أبي اسحق ان القسمة تبطل في الباقي قولا واحدا لان القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لان المستحق صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت القسمة

﴿فصل﴾ اذا اقتسم الوارثان التركة ثم ظهر دين على الميت فانه يبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين وفيه وجهان ذكرناهما في التفليس فان قلنا ان القسمة تمييز الحقين لم تنقض القسمة وان قلنا انها بيع ففي نقضها وجهان والله أعلم

﴿باب الدعوى والبينات﴾

لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك في المجهول فان كان المدعى دينا ذكر الجنس والنوع والصفة وان كان عينا باقية ذكر صفتها وان ذكر قيمتها كان أحوط وان كانت العين تالفة فان كان لها مثل ذكر صفتها وان ذكر القيمة كان أحوط وان لم يكن لها مثل ذكر قيمتها وان كان المدعى سيفا محلى أو لجاما محلى فان كان بفضة قومه بالذهب وان كان بالذهب قومه بالفضة وان كان محلى بالذهب والفضة قومه بما شاء منهما وان كان المدعى مالا عن وصية جاز أن يدعي مجهولا لان بالوصية يملك المجهول ولا يلزم في دعوى المال ذكر السبب الذي ملك به لان أسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل درهم فيه وان كان المدعى قتلا لزمه ذكر صفته وانه عمدا أو خطأ وانه انفرد به أو شاركه فيه غيره ويذكر صفة العمد لان القتل لا يمكن تلافيه فاذا لم يبين لم يؤمن أن يقتص فيما لا يجب فيه القصاص وان كان المدعى نكاحا فقد قال الشافعي رحمه الله لا يسمع حتى يقول نكحتها بولي وشاهدين ورضاها فمن أصحابنا من قال لا يشترط لانه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال وما قال الشافعي رحمه الله ذكره على سبيل الاستحباب كما قال في امتحان الشهود اذا ارتاب بهم ومنهم من قال ان ذلك شرط لانه مبني على الاحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه فشرط في دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل ومنهم من قال ان كان يدعي ابتداء النكاح لزمه ذكره لانه شرط في الابتداء وان كان يدعي استدامة النكاح لم يشترط لانه ليس بشرط في الاستدامة وان ادعت امرأة على رجل نكاحا فان كان مع النكاح حق تدعيه من مهر أو نفقة سمعت دعواها وان لم تدع حقا سواه ففيه وجهان أحدهما انه لا تسمع دعواها لان النكاح حق للزوج على المرأة فاذا ادعت المرأة كان ذلك اقرارا والاقرار لا يقبل مع انكار المقر له كما لو أقرت له بدار والثاني انه تسمع لان النكاح يتضمن حقوقا لها فصح دعواها فيه وان كان المدعى بيعا أو اجارة ففيه ثلاثة أوجه أحدها انه لا يفتقر الى ذكر شروطه لان المقصود به المال فلم يفتقر الى ذكر شروطه كدعوى المال والثاني انه يفتقر الى ذكر شروطه لانه دعوى عقد فافتقر الى ذكر شروطه كالنكاح والثالث انه ان كان في غير الجارية لم يفتقر لانه لا يقصد به غير المال وان كان في جارية

(قوله جزء مشاع) من أشعت الخبر أي أذعته فهو شائع في الناس لا يعلمه واحد دون واحد كذلك الشيء المشاع بين الشركاء لا يختص به واحد دون واحد والاكساب النادرة التي تشذ ويعدم وجودها في كل حين

﴿ومن باب الدعوى والبينات﴾

المدعي في اللغة كل من ادعى نسبا أو علما أو ادعى ملك شيء نوزع فيه أو لم ينازع ولا يقال في الشرع مدع الا اذا نازع غيره وسميت البينة بينة وهي الشهود لانها تبين عن الحق وتوضحه بعد خفائه من بان الشيء اذا ظهر وابنته أظهرته وتبين لي ظهر ووضح (قوله امتحان الشهود) وهو اختبارهم محنت الشيء وامتحنته أي اختبرته والاسم المحنة وأصله من محنت البئر محنا اذا أخرجت ترابها وطينها

افتقر لانه يملك به الوطء فاشبه النكاح وما لزم ذكره فى الدعوى ولم يذكره سأله الحاكم عنه ليذكره فتصير الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها

﴿فصل﴾ وان ادعى عليه مالا مضافا الى سببه فان ادعى عليه ألفا اقترضه أو أتلف عليه فقال ما أقرضنى أو ما أتلفت عليه صح الجواب لانه أجاب عما ادعى عليه وان لم يتعرض لما ادعى عليه بل قال لا يستحق على شيأ صح الجواب ولا يكلف انكار ما ادعى عليه من القرض أو الاتلاف لانه يجوز أن يكون قد أقرضه أو أتلف عليه ثم قضاه أو أبرأه منه فان أنكره كان كاذبا فى انكاره وان أقر به لم يقبل قوله انه قضاه أو أبرأه منه فيستضر به وان أنكر الاستحقاق كان صادقا ولم يكن عليه ضرر

﴿فصل﴾ وان ادعى على رجل دينا فى ذمته فانكره ولم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه ولأن الاصل براءة ذمته فجعل القول قوله وان ادعى عينا فى يده فانكره ولا بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى قصة الحضرمى والكندى شاهداك أو يمينه ولان الظاهر من اليد الملك فقبل قوله وان تداعيا عينا فى يدهما ولا بينة حلفا وجعل المدعى بينهما نصفان لما روى أبو موسى الاشعرى رضى الله عنه ان رجلين تداعيا دابة ليس لاحدهما بينة فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ولان يد كل واحد منهما على نصفها فكان القول فيه قوله كما لو كانت العين فى يد أحدهما

﴿فصل﴾ وان تداعيا عينا ولاحدهما بينة وهى فى يدهما أو فى يد أحدهما أو فى يد غيرهما حكم لمن له البينة لقوله صلى الله عليه وسلم شاهداك أو يمينه فبدأ بالحكم بالشهادة ولان البينة حجة صريحة فى اثبات الملك لا تهمة فيها واليد تحتمل الملك وغيره والذى يقوى بها هو اليمين وهو متهم فيها فقدمت البينة عليها وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانت العين فى يد أحدهما قضى لمن له اليد من غير يمين ومن أصحابنا من قال لا يقضى لصاحب اليد من غير يمين لان بينته تعارضها بينة المدعى فتسقطها ويبقى له اليد واليد لا يقضى بها من غير يمين والمنصوص انه يقضى له من غير يمين لان معه بينة معها ترجيح وهو اليد ومع الآخر بينة لا ترجيح معها والحجتان اذا تعارضتا ومع أحدهما ترجيح قضى بالتى معها الترجيح كالخبرين اذا تعارضا ومع أحدهما قياس وان كانت العين فى يد أحدهما فأقام الآخر بينة فقضى له وسلمت العين اليه ثم أقام صاحب اليد بينة انها له نقض الحكم وردت العين اليه لانا حكمنا للآخر ظنا منا انه لا بينة له فاذا أتى بالبينة بان أنه كانت له يد وبينة فقدمت على بينة الآخر

﴿فصل﴾ وان كان لكل واحد منهما بينة والعين فى يدهما أو فى يد غيرهما أو لا يد لاحدهما عليها تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما انهما تسقطان وهو الصحيح لانهما حجتان تعارضتا ولا مزية لاحدهما على الاخرى فسقطتا كالنصين فى الحادثة فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما والثانى أنهما يستعملان وفى كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال أحدها انه يوقف الامر الى أن ينكشف أو يصطلحا لان احداهما صادقة والاخرى كاذبة ويرجى معرفة الصادقة فوجب التوقف كالمرأة اذا زوجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسى السابق منهما والثانى انه يقسم بينهما لان البينة حجة كاليد ولو استويا فى اليد قسم بينهما فكذلك اذا استويا فى البينة والثالث انه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له لانه لا مزية لاحدهما على الاخرى فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين اذا أراد الزوج السفر باحداهما

﴿فصل﴾ وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر أربعة وأكثر فهما متعارضتان وفيهما

(قوله الترجيح) مأخوذ من رجحان الميزان ورجحت بفلان اذا كنت أرزن منه وقوم مراجيح فى الحلم ومعناه أن يكون احدى الحجتين أقوى بزيادة شئ ليس فى الأخرى

القولان لان الاثنين مقدران بالشرع فكان حكمهما وحكم مازاد سواء وان كانت احدى البينتين أعدل من الاخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان ولانهما متساويتان فى اثبات الحق وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان لانهما يتساويان فى اثبات المال وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا ويمينا ففيه قولان أحدهما انهما يتعارضان وفيهما القولان لانهما تساويا فى اثبات المال والقول الثانى انه يقضى لمن له الشاهدان لان بينته مجمع عليها وبينة الاخر مختلف فيها

﴿فصل﴾ وان كانت العين فى يد غيرهما فشهدت بينة أحدهما بأنه ملكه من سنة وشهدت بينة الآخر انه ملكه من سنتين ففيه قولان قال فى البويطى هما سواء لان القصد اثبات الملك فى الحال وهما متساويتان فى اثبات الملك فى الحال والقول الثانى ان التى شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لانها انفردت باثبات الملك فى زمان لا يعارضها فيه البينة الاخرى وأما اذا كان الشئ فى يد أحدهما فان كان فى يد من شهد له بالملك المتقدم حكم له وان كان فى يد الآخر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس رحمه الله يبنى على القولين فى المسئلة قبلها ان قلنا انهما يتساويان حكم لصاحب اليد وان قلنا ان التى شهدت بالملك المتقدم تقدم قدمت ههنا أيضا لان الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح باليد ومن أصحابنا من قال يحكم به لمن هو فى يده قولا واحدا لان اليد الموجودة أولى من الشهادة بالملك المتقدم وأما اذا ادعيا دابة وأقام أحدهما بينة أنها ملكه نتجت فى ملكه وأقام الآخر أنها دابته ولم يذكر النتاج فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس الحكم فيه كالحكم فى الشهادة بالملك المتقدم وفيها قولان لان الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم وقال أبو اسحق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا لان بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره والبينة بالملك المتقدم لا تنفى أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له

﴿فصل﴾ اذا ادعى رجل دارا فى يد رجل وأقام بينة ان هذه الدار كانت فى يده أو فى ملكه أمس فقد نقل المزنى والربيع انه لا يحكم بهذه الشهادة وحكى البويطى انه يحكم بها فقال أبو العباس فيها قولان أحدهما انه يحكم بذلك لانه قد ثبت بالبينة ان الدار كانت له والظاهر بقاء الملك والقول الثانى انه لا يحكم بها وهو الصحيح لانه ادعى ملك الدار فى الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار أخرى وقال أبو اسحاق لا يحكم بها قولا واحدا وما ذكره البويطى من تخريجه

﴿فصل﴾ وان ادعى رجل على رجل دارا فى يده وأقر بها لغيره نظرت فان صدقه المقر له حكم له لانه مصدق فيما فى يده وقد صدقه المقر له فحكم له وتنتقل الخصومة الى المقر له فان طلب المدعى يمين المقر انه لا يعلم أنها له ففيه قولان بناء على من أقر بشئ فى يده لغيره ثم أقر به لآخر وفيه قولان أحدهما يلزمه أن يغرم للثانى والثانى لا يلزمه فان قلنا يلزمه أن يغرم حلف لانه ربما خاف أن يحلف فيقر للثانى فيغرم له وان قلنا لا يلزمه لم يحلف لانه ان خاف من اليمين فقر للثانى لم يلزمه شئ فلا فائدة فى تحليفه وان كذبه المقر له ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس أنه يأخذها الحاكم ويحفظها الى أن يجد صاحبها لان الذى فى يده لا يدعيها والمقر له أسقط اقراره بالتكذيب وليس للمدعى بينة فلم يبق الا أن يحفظها الحاكم كالمال الضال والثانى وهو قول أبى اسحق انه يسلم الى المدعى لانه ليس ههنا من يدعيه غيره وهذا خطأ لانه حكم بمجرد الدعوى وان أقر بها لغائب ولا بينة وقف الامر الى أن يقدم الغائب لان الذى فى يده لا يدعيها ولا بينة تقضى بها فوجب التوقف فان طلب المدعى يمين المدعى عليه انه لا يعلم انه له فعلى ما ذكرناه من القولين وان كان للمدعى بينة قضى له وهل يحتاج الى أن يحلف مع البينة فيه وجهان أحدهما انه يحتاج أن يحلف مع البينة لانا حكمنا باقرار المدعى عليه انها ملك لغائب ولا يجوز القضاء

بالبينة على الغائب من غير يمين والثانى وهو قول أبى اسحق انه لا يحتاج أن يحلف لانه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه وان كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعى وتسلم اليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه وان كان معها يد لان بينة صاحب اليد انما يقضى بها اذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك فلم يحكم ببينته وحكى أبو اسحق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه قال ان كان المقر للغائب يدعى ان الدار فى يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته وان كان يدعى انها فى يده باجارة سمعت بينته وقضى بها لانه يدعى لنفسه حقا فسمعت بينته فيصح الملك للغائب ويستوفى بها حقه من المنفعة وهذا خطأ لانه اذا لم تسمع البينة فى اثبات الملك وهو الأصل فلان لا تسمع لاثبات الاجارة هى فرع على الملك أولى وان أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما أنه يقال له اقرارك لمجهول لا يصح فاما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا ويحلف المدعى ويقضى له والثانى أنه يقال له اما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلا ولا يقبل دعواه لنفسه لانه باقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد

(فصل) اذا ادعى جارية وشهدت البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لانها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بان تلدها فى ملك غيره ثم يملك الامة دونها فتكون ابنة أمته ولا تكون له وان شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها فى ملكه فقد قال الشافعى رحمه الله حكمت بذلك وذكر فى الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل أبو العباس جواب تلك المسئلة الى هذه وجعلها على قولين وقال سائر أصحابنا يحكم بها ههنا قولا واحدا وهناك على قولين والفرق بينهما ان الشهادة هناك باصل الملك فلم تقبل حتى يثبت فى الحال والشهادة ههنا بتمام الملك وانه حدث فى ملكه فلم يفتقر الى اثبات الملك فى الحال وان ادعى غزلا أو طيرا أو آجرا وأقام البينة ان الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضى له لان الجميع عين ماله وانما تغيرت صفته

(فصل) اذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه من سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر انه ابتاعها منه منذ سنتين وأقام على ذلك بينة قضى ببينة الابتياع لان بينة الملك شهدت بالملك على الاصل وبينة الابتياع شهدت بامر حادث خفى على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل

(فصل) وان كان فى يد رجل دار وادعى رجل أنه ابتاعها من زيد وهو يملكها وأقام على ذلك بينة حكم له لانه ابتاعها من مالكها وان شهدت له البينة انه ابتاعها منه وسلمها اليه حكم له لانه لا يسلم الا ما يملكه وان شهدت انه ابتاعها منه ولم تذكر الملك ولا التسليم لم يحكم بهذه الشهادة ولم تؤخذ الدار ممن هى فى يده لانه قد يبيع الانسان ما يملكه وما لا يملكه فلا تزال يد صاحب اليد

(فصل) وان كان فى يد رجل دار فادعاها رجل وأقام البينة انه أجرها ممن هى فى يده وأقام الذى فى يده الدار بينة انها له قدمت بينة الخارج الذى لا يد له لان الدار للمستأجرة فى ملك المؤجر ويده وليس للمستأجر الا الانتفاع فقدم بينته كما لو كانت فى يده دار وادعى رجل أنه له غصبه عليها الذى هى فى يده وأقام البينة انه يحكم بها للمغصوب منه

(فصل) وان تداعى رجلان دارا فى يد ثالث فشهد لاحدهما شاهدان ان الذى فى يده الدار غصبه عليها وشهد للآخر شاهدان انه أقر له بها قضى للمغصوب منه لانه ثبت بالبينة انه غاصب واقرار الغاصب لا يصح فحكم بها للمغصوب منه

(فصل) وان ادعى رجل انه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها وأقام على ذلك بينة وادعى آخر انه

(قوله ونقده الثمن) النقد ضد النقد وهو احضاره فى المجلس

ابتاعها

ابتاعها منه ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة وتاريخ أحدهما في رمضان وتاريخ الآخر في شوال قضى لمن ابتاعها في رمضان لانه ابتاعها وهي في ملكه والذي ابتاعها في شوال ابتاعها بعد ما زال ملكه عنها وان كان تاريخهما واحدا أو كان تاريخهما مطلقا أو تاريخ أحدهما مطلقا وتاريخ الآخر مؤرخا فان كانت الدار في يد أحدهما قضى له لان معه بينة ويدا وان كانت في يد البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما انهما يسقطان والثاني انهما يستعملان فان قلنا انهما يسقطان رجع الى البائع فان أنكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وقضى له وان أقر لاحدهما سلمت اليه وهل يحلف للآخر فيه قولان وان أقر لهما جعلت لهما نصفين وهل يحلف كل واحد منهما للآخر على النصف الآخر على القولين وان قلنا انهما يستعملان نظرت فان صدق البائع أحدهما ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس انها تجعل لمن صدقه البائع لان الدار في يده فاذا أقر لاحدهما فقد نقل يده اليه فتصير له يد وبينة وقال أكثر أصحابنا لا يرجح باقرار البائع وهو الصحيح لان البينتين اتفقتا على ازالة ملك البائع واسقاط يده فعلى هذا يقرع بينهما في أحد الاقوال ويقسم بينهما في الثاني فيجعل لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي ادعى انه ابتاع به ولا يجيء القول بالوقف لان العقود لا توقف

﴿فصل﴾ وان ادعى رجل انه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة وادعى آخر انه ابتاعها من عمرو وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة فان كانت في يد أجنبي أو في يد أحد البائعين وقلنا على المذهب الصحيح انه لا ترجح البينة بقول البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما انهما يسقطان والثاني انهما يستعملان فان قلنا انهما يسقطان رجع الى من هو في يده فان ادعاه لنفسه فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما وان أقر لاحدهما سلم اليه وهل يحلف للآخر فيه قولان وان أقر لهما جعل لكل واحد منهما نصفه وهل يحلف للآخر على النصف الآخر على القولين وان قلنا انهما يستعملان أقرع بينهما في أحد الاقوال ويقسم بينهما في القول الثاني فيجعل لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذي ادعى أنه ابتاعه ولا يجيء الوقف لان العقود لا توقف

﴿فصل﴾ وان كان في يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة فان كانت البينتان بتاريخ واحد تعارضت وفيهما قولان أحدهما انهما يسقطان والثاني انهما يستعملان فاذا قلنا انهما يسقطان رجع الى قول من هي في يده فان ادعاه لنفسه وأنكر الشراء حلف لكل واحد منهما وحكم له وان أقر لاحدهما لزمه الثمن لمن أقر له وحلف للآخر قولا واحدا لانه لو أقر له بعد اقراره للاول لزمه له الالف لانه يقر له بحق في ذمته فلزمه أن يحلف قولا واحدا وان قلنا انهما يستعملان أقرع بينهما في أحد الاقوال ويقسم في القول الثاني ولا يجيء الوقف لان العقود لا توقف وان كانتا بتاريخين مختلفين بأن شهدت بينة أحدهما بالعقد في رمضان وبينة الآخر بالعقد في شوال لزمه الثمنان لانه يمكن الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه في رمضان من أحدهما ثم باعه واشتراه من الآخر في شوال وان كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان أحدهما انه يلزمه الثمنان لانه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه في وقتين مختلفين والثاني انهما يتعارضان فيكون على القولين لانه يحتمل أن يكونا في وقتين فيلزمه الثمنان ويحتمل أن يكونا في وقت واحد والاصل براءة الذمة

﴿فصل﴾ وان ادعى رجل ملك عبد فأقام عليه بينة وادعى آخر أنه اعتقه أو وقفه أو اعتقه وأقام عليه بينة قدم البينة بالوقف والعتق لان بينة الملك شهدت بالاصل وبينة البيع والوقف والعتق شهدت بأمر حادث خفي على بينة الملك فقدمت على بينة الملك وان كان في يد رجل عبد فادعى رجل أنه ابتاعه وأقام عليه بينة وادعى العبد أن مولاه اعتقه وأقام عليه بينة فان عرف السابق منهما بالتاريخ قضى

باسبق التصرفين لان السابق منهما يمنع صحة الثانى فقدم عليه وان لم يعرف السابق منهما تعارضتا وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان و يرجع الى من فى يده العبد وان كان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وان صدق أحدهما قضى لمن صدقه والقول الثانى انهما يستعملان فيقرع بينهما فى أحد الاقوال فمن خرجت له القرعة قضى له ويقسم فى القول الثانى فيعتق نصفه ويحكم للمبتاع بنصف الثمن ولا يجيء القول بالوقف لان العقود لا توقف

﴿فصل﴾ قال فى الام اذا قال لعبده ان قتلت فانت حر فأقام العبد بينة انه قتل وأقام الورثة بينة انه مات ففيه قولان أحدهما انه تتعارض البينتان و يسقطان ويرق العبد لان بينة القتل تثبت القتل وتنفى الموت و بينة الموت تثبت الموت وتنفى القتل فيسقطان ويبقى العبد على الرق والثانى انه تقدم بينة القتل ويعتق العبد لان بينة الورثة تشهد بالموت و بينة العبد تشهد بالقتل لان المقتول ميت ومعها زيادة صفة وهى القتل فقدمت وان كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم ان مت فى رمضان فانت حر وقال لسالم ان مت فى شوال فانت حر ثم مات فاقام غانم بينة انه مات فى رمضان وأقام سالم بينة بالموت فى شوال ففيه قولان أحدهما انه تتعارض البينتان ويسقطان و يرق العبدان لان الموت فى رمضان ينفى الموت فى شوال والموت فى شوال ينفى الموت فى رمضان فيسقطان و يبقى العبدان على الرق والقول الثانى انه تقدم بينة الموت فى رمضان لانه يجوز أن يكون قد علمت البينة بالموت فى رمضان وخفى ذلك على البينة الاخرى الى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم وان قال لغانم ان مت من مرضى فأنت حر وقال لسالم ان برئت من مرضى فانت حر ثم مات فاقام غانم بينة بالموت من مرضه وأقام سالم بينة بأنه برئ من المرض ثم مات تعارضت البينات وسقطتا ورق العبدان لان بينة أحدهما أثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه والاخرى أثبتت البرء من مرضه ونفت موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضتا وسقطتا و بقى العبدان على الرق

﴿فصل﴾ وان اختلف المتبايعان فى قدر الثمن واختلف المتكاريان فى قدر الاجرة أو فى مدة الاجارة فان لم يكن بينة فالحكم فى التحالف والفسخ على ما ذكرناه فى الفسخ فى البيع وان كان لاحدهما بينة قضى له وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قضى بالاولى منهما لان العقد الاول يمنع صحة العقد الثانى وان كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخا واحدا أو احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما انهما يسقطان ويصير كما لو لم تكن بينة فيتحالفا على ما ذكرناه فى البيع والثانى انهما يستعملان فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له ولا يجيء القول بالوقف لان العقود لا توقف ولا يجيء القول بالقسمة لانهما يتنازعان فى عقد والعقد لا يمكن قسمته وخرج أبو العباس قولا آخر انه اذا كان الاختلاف فى قدر المدة أو فى قدر الاجرة قضى بالبينة التى توجب الزيادة كما لو شهدت بينة أن لفلان عليه ألفا وشهدت بينة أن له عليه ألفين وهذا خطأ لان الشهادة بالالف لا تنفى الزيادة عليه فلم يكن بينها و بين البينة الاخرى تعارض وههنا احدى البينتين تنفى ما شهدت به البينة الاخرى لانه اذا عقد بأحد العوضين لم يجز أن يعقد بالعوض الآخر فتعارضتا

﴿فصل﴾ اذا ادعى رجلان دارا فى يد رجل وعزيا الدعوى الى سبب يقتضى اشتراكهما كالارث عن ميت والابتياع فى صفقة فأقر المدعى عليه بنصفها لاحدهما شاركه الآخر لان دعواهما تقتضى اشتراكهما فى كل جزء منها وهذا لو كان بعضها تالفا كان هالكا منهما وكان الباقى بينهما فاذا جحد النصف وأقر بنصف كان بينهما ...... ولم يعزيا الى سبب فأقر

لاحدهم

(قوله ولم يعز الدعوى) يقال عزيته الى أبيه وعزوته أى نسبته اليه واعتزى هو أى انتمى وانتسب وفى الحديث من تعزى بعزاء الجاهلية فاعضوه بهن أبيه ولا تكنوا أى من انتسب وانتمى وذلك قولهم يا آل فلان

لاحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لان دعواه لاتقتضي الاشتراك في كل جزء منه

﴿فصل﴾ وان ادعى رجلان دارا في يد ثالث لكل واحد منهما نصفها وأقر الذي هي في يده بجميعها لاحدهما نظرت فان كان قد سمع من المقر له الاقرار للمدعي الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف اليه لانه أقر بذلك فاذا صار اليه لزمه حكم اقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين في يده وان لم يسمع منه اقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لانه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح لان من له الجميع فله النصف و يجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى لان له على النصف بينة أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة اليه مع المدعي الآخر في النصف وان قال الذي في يده الدار نصفها لي والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يترك النصف في يده لانه أقر لمن لا يدعيه فبطل الاقرار و بقي على ملكه والثاني ان الحاكم ينتزعه منه و يكون عنده لان الذي في يده لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فاخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال والثالث انه يدفع الى المدعي الآخر لانه يدعيه وليس له مستحق آخر وهذا خطأ لانه حكم بمجرد الدعوى

﴿فصل﴾ اذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما انه مات أبوه على دينه وانه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة فان عرف انه كان نصرانيا نظرت فان كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الاسلام لان من شهد بالنصرانية شهد بالاصل والذي شهد بالاسلام شهد بأمر حادث خفي على من شهد بالنصرانية فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل فان شهدت احداهما بانه مات وآخر كلامه الاسلام وشهدت الأخرى بانه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان فيكون كالو مات ولا بينة فيكون القول قول النصراني لان الظاهر معه والثاني انهما يستعملان فان قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث وان قلنا بالوقف وقف وان قلنا بالقسمة ففيه وجهان أحدهما انه يقسم كما يقسم في غير الميراث والثاني وهو قول أبي اسحق أنه لا يقسم لانه اذا قسم بينهما تيقن الخطأ في توريثهما وفي غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركا بينهما فقسم وان لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين وفيهما قولان أحدهما انهما يسقطان فان كان المال في يد غيرهما فالقول قول من في يده المال وان كان في يديهما كان بينهما وان قلنا انهما يستعملان فان قلنا يقرع أقرع بينهما وان قلنا يوقف وقف الى أن ينكشف وان قلنا يقسم قسم وقال أبو اسحق لا يقسم لانه يتيقن الخطأ في توريثهما والمنصوص انه يقسم وما قاله أبو اسحق خطأ لانه يجوز أن يموت وهو نصراني فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى ان أباه مات مسلما ليأخذ الجميع ويغسل الميت ويصلى عليه في المسائل كلها ويدفن في مقابر المسلمين وينوي بالصلاة عليه ان كان مسلما كما قلنا في موتى المسلمين اذا اختلطوا بموتى الكفار

﴿فصل﴾ وان مات رجل وخلف ابنين واتفق الابنان ان أباهما مات مسلما وان أحد الابنين أسلم قبل موت الاب واختلفا في الآخر فقال أسلمت أنا أيضا قبل موت أبي فالميراث بيننا وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على اسلامه لان الاصل بقاؤه على الكفر وان اتفقا على اسلامهما واختلفا في وقت موت الاب فقال أحدهما مات أبي قبل اسلامك فالميراث لي وقال الآخر بل مات بعد اسلامي أيضا فالقول قول الثاني لان الاصل حياة الاب وان مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان مات كافرا وقال الابنان مات مسلما فقد قال أبو العباس يحتمل قولين أحدهما ان القول قول الأبوين لانه اذا ثبت انهما كافران كان الولد محكوما بكفره الى أن يعلم الاسلام والثاني ان الميراث يوقف الى أن يصطلحوا

أو ينكشف الامر لان الولد انما يتبع الابوين في الكفر قبل البلوغ فاما بعد البلوغ فله حكم نفسه ويحتمل أنه كان مسلما ويحتمل أنه كان كافرا فوقف الامر الى أن ينكشف

﴿فصل﴾ وان مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار في يد رجل فادعى الحاضر ان أباه مات وان الدار بينه وبين أخيه وأقام بينة من أهل الخبرة بأنه مات وانه لا وارث له سواهما انتزعت الدار ممن هي في يده ويسلم الى الحاضر نصفها وحفظ النصف للغائب وان كان له دين في الذمة قبض الحاضر نصفه وفي نصيب الغائب وجهان أحدهما انه يأخذه الحاكم ويحفظه عليه كالعين والثاني انه لا يأخذه لان كونه في الذمة أحفظ له ولا يطالب الحاضر فيما يدفع اليه بضمين لان في ذلك قدحا في البينة وان لم تكن البينة من أهل الخبرة الباطنة أو كانت من أهل الخبرة الا أنهما لم تشهد بأنها لا تعرف له وارثا سواهما لم يدفع اليه شيء حتى يبعث الحاكم الى البلاد التي كان يسافر اليها فيسأل هل له وارث آخر فاذا سأل ولم يعرف له وارث غيره دفع اليه قال الشافعي رحمه الله يأخذ منه ضمينا وقال في الأم وأحب ان يأخذ منه ضمينا فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما انه يجب أخذ الضمين لانه ربما ظهر وارث آخر والثاني انه يستحب ولا يجب لان الظاهر انه لا وارث له غيره ومنهم من قال ان كان الوارث ممن يحجب كالاخ والعم وجب وان كان ممن لا يحجب كالابن استحب لان من لا يحجب يتيقن أنه وارث ويشك فيمن يزاحمه فلم يترك اليقين بالشك ومن يحجب يشك في ارثه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال ان كان لو ارث غير مأمون وجب لانه لا يؤمن ان يضيع حق من يظهر وان كان مأمونا لم يجب لانه لا يضيع حق من يظهر وحمل القولين على هذين الحالين وان كان الوارث ممن له فرض لا ينقص كالزوجين فان شهد الشهود انه لا وارث له سواه وهم من أهل الخبرة دفع اليه أكمل الفرضين ولا يؤخذ منه ضمين وان لم يشهدوا انه لا وارث له سواه أو شهدوا بذلك ولم يكونوا من أهل الخبرة دفع اليه أنقص الفرضين فان كان زوجا دفع اليه ربع المال عائلا وان كان زوجة دفع اليها ربع الثمن عائلا ويوقف الباقي فان لم يظهر وارث آخر دفع اليه الباقي

﴿فصل﴾ وان ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثها الابن ثم مات الابن فورثته وقال أخوها بل مات الابن أولا فورثته الأم ثم ماتت فورثتها لم يورث ميت من ميت بل يجعل مال الابن للزوج ومال المرأة للزوج والاخ لانه لا يرث الا من تيقن حياته عند موت مورثه وههنا لا تعرف حياة واحد من اثنين عند موت مورثه فلم يورث أحدهما من الآخر كالغرقى

﴿فصل﴾ وان مات رجل وله دار وخلف ابنا وزوجة فادعى الابن انه تركها ميراثا وادعت الزوجة انه أصدقها الدار وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الزوجية على بينة الارث لان بينة الارث تشهد بظاهر الملك المتقدم وبينة الصداق تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الارث

﴿فصل﴾ وان تداعى رجلان حائطا بين داريهما فان كان مبنيا على تربيع احداهما مساويا لها في السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفا لبناء الدار الأخرى ولم تكن بينة لاحدهما فالقول قول من بني على تربيع داره لان الظاهر انه بني لداره وان كان لاحدهما عليه أزج فالقول قوله لان الظاهر انه بني للأزج وان كان مطلقا وهو الذي لم يقصد به سوى السترة ولم تكن بينة حلفا وجعل بينهما لانه متصل بالملكين اتصالا واحدا وان كان لاحدهما عليه جذوع لم يقدم على الآخر بذلك لانهما لو تنازعا فيه قبل وضع الجذوع كان بينهما ووضع الجذوع يجوز أن يكون بإذن من الجار أو بقضاء حاكم يرى وضع الجذوع على حائط الجار بغير رضاه فلا يزال ما تيقناه بأمر محتمل كما لو مات رجل عن دار ثم وجد الدار في يد أجنبي

﴿فصل﴾ وان تداعى صاحب السفل وصاحب العلو السقف ولا بينة حلف كل واحد منهما وجعل بينهما لانه حاجز متوسط بينهما فكان بينهما كالحائط بين الدارين فان تنازعا في الدرجة فان كان تحتها

(قوله قدحا في البينة) القدح مثل الجرح يقال قدحت في نسبه أي طعنت

(قوله فان كان لاحدهما عليه أزج) على وزن فعل محرك مخفف الازج ضرب من الابنية والجمع آزج وآزاج قال الاعشى

بناه سليمان بن داود حقبة له أزج صم وطيء موثق

ويروى أرج عال وهو كالعقود في محاريب المساجد وبين الاساطين

مسكن

مسكن فهى بينهما لانهما متساويان فى الانتفاع بها وان كان تحتها موضع جب ففيه وجهان أحدهما انهما يحلفان ويجعل بينهما لانهما يرتفقان بها والثانى انه يحلف صاحب العلو ويقضى له لان المقصود بها منفعة صاحب العلو وان تداعيا سلما منصوبا حلف صاحب العلو وقضى له لانه يختص بالانتفاع به فى الصعود وان تداعيا صحن الدار نظرت فان كانت الدرجة فى الصحن حلفا وجعل بينهما لان لكل واحد منهما يدا عليه وان كانت الدرجة فى الدهليز ففيه وجهان أحدهما أنها بينهما لان لكل واحد منهما يدا ولهذا لو تنازعا فى أصل الدار كانت بينهما والثانى انه لصاحب السفل لانها فى يده ولهذا يجوز أن يمنع صاحب العلو من الاستطراق فيها

﴿فصل﴾ وان تداعى رجلان مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر حلفا وجعل بينهما لان فيها منفعة لصاحب النهر لانها تجمع الماء فى النهر ولصاحب الارض منها منفعة لانها تمنع الماء من أرضه

﴿فصل﴾ وان تداعى رجلان دابة وأحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها حلف الراكب وقضى له وقال أبو اسحاق رحمه الله هى بينهما لان كل واحد منهما لو انفرد لكانت له والصحيح هو الأول لان الراكب هو المنفرد بالتصرف فقضى له وان تداعيا عمامة وفى يد أحدهما منها ذراع وفى يد الآخر الباقى حلفا وجعلت بينهما لان يد كل واحد منهما ثابتة على العمامة وان تداعيا عبدا ولاحدهما عليه ثياب حلفا وجعل بينهما ولا يقدم صاحب الثياب لان منفعة الثياب تعود الى العبد لا الى صاحب الثياب

﴿فصل﴾ وان كان فى يد رجل عبد بالغ عاقل فادعى انه عبده فان صدقه حكم له بالملك وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر الحرية وان كان طفلا لا يميز فالقول قول المدعى لانه لا يعبر عن نفسه وهو فى يده فهو كالبهيمة وان بلغ هذا الطفل فقال لست بمملوك له لم يقبل قوله لانا حكمنا له بالملك فلا يسقط بانكاره وان جاء رجل فادعى انه ابنه لم يثبت نسبه بمجرد دعواه لان فيه اضرارا بصاحب الملك لانه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء واذا ثبت نسبه لمن يدعى النسب سقط حق ولائه وان كان مراهقا وادعى أنه مملوكه فانكر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحكم بالملك لانه يعبر عن نفسه فلم يحكم بملكه مع انكاره كالبالغ والثانى أنه يحكم له بالملك وهو الصحيح لانه لا حكم لقوله

﴿فصل﴾ وان تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ولا بينة حلفا وجعل الجميع بينهما نصفين لانه فى يدهما فجعل بينهما كما لو تداعيا الدار التى يسكنان فيها وان تداعى المكرى والمكترى المتاع الذى فى الدار المكراة فالقول قول المكترى لان يده ثابتة على ما فى الدار وان تداعيا سلما غير مسمر فهو للمكترى لانه كالمتاع وان تداعيا سلما مسمرا فالقول قول المكرى لانه من أجزاء الدار وان تداعيا الرفوف المسمرة فالقول قول المكرى لانها متصلة بالدار فصارت كأجزائها وان كانت غير مسمرة فقد قال الشافعى رحمه الله انهما يتحالفان وتجعل بينهما لان الرفوف قد تترك فى العادة وقد تنقل عنها فيجوز أن تكون للمكترى ويجوز أن تكون للمكرى فجعل بينهما

﴿فصل﴾ ومن وجب له حق على رجل وهو غير ممتنع من دفعه لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله حقه بغير اذنه لأن الخيار فيما يقضى به الدين الى من عليه الدين ولا يجوز أن يأخذ الا ما يعطيه وان أخذ بغير اذنه لزمه رده فان تلف ضمنه لانه أخذ مال غيره بغير حق وان كان ممتنعا من أدائه فان لم يقدر على أخذه بالحاكم فله أن يأخذ من ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار وفى منعه من أخذ ماله فى هذه الحال اضرار به وان كان يقدر على أخذه بالحاكم بان تكون له عليه بينة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز أن يأخذه لانه يقدر على أخذه بالحاكم فلم يجز أن يأخذه بنفسه والثانى وهو المذهب انه يجوز لان هندا قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى الا ما آخذه

(قوله موضع جب) هو السرداب ووعاء الماء وقد ذكرنا أن صحن الدار وسطها (قوله وان تداعيا مسناة) قال الهروى المسناة ضفيرات تبنى للسيل ترده سميت مسناة لان فيها مفاتيح الماء يقال سنيت الشئ اذا فتحته قال الشاعر

اذا الله سنى عقد امرئ تيسرا

وذكر فى مواضع من الكتاب ما يدل أن المسناة تجمع الماء من النهر ولم أقف منه على حقيقة وقد ذكر أهل التفسير فى قوله تعالى سيل العرم ان العرم المسناة وكان ذلك سدا يجمع فيه ماء السيول (قوله المراهق) هو الذى قارب الاحتلام وقد ذكر (قوله المتاع الذى فى الدار) هو ههنا الاثاث وآلات البيت والابنيه

سرا فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذن لها في الاخذ مع القدرة على الأخذ بالحاكم ولان عليه في المحاكمة مشقة فجاز له أخذه فان كان الذي قدر عليه من جنس حقه أخذ قدر حقه وان كان غير جنسه أخذه ولا يجوز أن يتملكه لانه من غير جنس ماله فلا يجوز أن يتملكه ولكن يبيعه ويصرف ثمنه في حقه وفي كيفية البيع وجهان أحدهما انه يواطئ رجلا ليقر له بحق وانه ممتنع من أدائه فيبيع الحاكم المال عليه والثاني وهو المذهب انه يبيع المال بنفسه لانه يتعذر عليه أن يثبت الحق عند الحاكم وانه ممتنع من بيعه فملك بيعه بنفسه فان تلفت العين قبل البيع ففيه وجهان أحدهما انها تتلف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه لانها محبوسة لاستيفاء حقه منها فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن والوجه الثاني أنها تتلف من ضمان صاحب الحق لانه أخذها بغير اذن المالك فتلفت من ضمانه بخلاف الرهن فانه أخذه باذن المالك فتلف من ضمانه

﴿باب اليمين في الدعاوى﴾

اذا ادعى رجل على رجل حقا فانكره ولم يكن للمدعي بينة فان كان ذلك في غير الدم حلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعي وقد بينا ذلك في باب الدعاوى وان كانت الدعوى في دم ولم يكن للمدعي بينة فان كان في قتل لا يوجب القصاص نظرت فان كان هناك لوث حلف المدعي خمسين يمينا وقضى له بالدية والدليل عليه ما روى سهل بن أبي حثمة أن عبد الله ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد أصابهما فأتى محيصة وذكر أن عبد الله طرح في فقير أو عين ماء فأتى يهود فقال أنتم والله قتلتموه قالوا والله ما قتلناه فاقبل هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن أخو المقتول الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب محيصة يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما أن يدوا صاحبكم واما أن يأذنوا بحرب من الله ورسوله فكتب اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فكتبوا انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون خمسين وتستحقون دم صاحبكم فقالوا لا قال أيحلف لكم يهود قالوا الا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث اليهم بمائة ناقة قال سهل لقد ركضتني منها ناقة حمراء ولان باللوث تقوى جنبة المدعي ويغلب على الظن صدقه فسمعت يمينه كالمدعي اذا شهد له عدل وحلف معه وان كانت الدعوى في قتل يوجب القود ففيه قولان قال في القديم يجب القود بايمان المدعي لانها حجة يثبت بها قتل العمد فوجب بها القود كالبينة وقال في الجديد لا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم اما أن يدوا صاحبكم أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله فذكر الدية ولم يذكر القصاص ولانه حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القصاص كالشاهد واليمين فان قلنا بقوله القديم وكانت الدعوى على جماعة وجب القود عليهم وقال أبو اسحق رحمه الله لا يقتل الا واحد يختاره الولي لانها بينة ضعيفة ولا يقتل بها جماعة وهذا خطأ لان الجماعة عندنا تقتل بالواحد والقسامة على هذا القول كالبينة في ايجاب القود فاذا قتل بها الواحد قتل بها الجماعة

﴿فصل﴾ وان كان المدعي جماعة ففيه قولان أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا لان ما حلف به الواحد اذا انفرد حلف به كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى والقول الثاني أنه يقسط عليهم الخمسون يمينا على قدر مواريثهم لانه لما قسط عليهم ما يجب بايمانهم من الدية على قدر مواريثهم وجب أن تقسط الايمان أيضا على قدر مواريثهم وان دخلها كسر جبر الكسر لان اليمين الواحدة لا تتبعض فكملت فان نكل المدعي عن اليمين ردت اليمين على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا لقوله عليه السلام يبرئكم يهود منهم بخمسين يمينا ولان التغليظ بالعدد لحرمة النفس وذلك

(ومن باب اليمين في الدعاوى)

اللوث بالفتح القوة قال الاعشى

بذات لوث عفرناة اذا عثرت ... فالتعس أدنى لها من أن يقال لعا

ومنه سمي الاسد ليثا فاللوث قوة جنبة المدعي وأما اللوث بالضم فهو الاسترخاء واللوثة مس جنون وسميت الايمان ههنا القسامة لتكرارها وكثرتها وان كانت كل يمين قسما وقيل لانها تقسم على الاولياء في الدم (قوله من جهد أصابهم) الجهد بالفتح المشقة وجهد الرجل فهو مجهود من المشقة أصابهم يقال قحط من المطر فجهدوا (قوله حويصة ومحيصة) الاسماء فيهما بسكون الياء وياء التخفيف وبرهان الدين ابن الحضرمي أسمعناه بكسر الياء وبالتشديد (قوله طرح في فقير) الفقير مخرج الماء من القناة وهو حفير كالبئر وعبد الله بن سهل المقتول وأخوه عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود (قوله الكبر الكبر) معناه ليبدأ الكلام الاكبر وكان عبد الرحمن أصغر من صاحبيه (قوله واما أن تأذنوا بحرب من الله) يأذنوا يعلموا والاذان الاعلام كانه لا يقع في اذن (قوله تبرئكم يهود)

يوجد فى يمين المدعى والمدعى عليه وان كان المدعى عليه جماعة ففيه قولان أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثانى ان الخمسين تقسط على عددهم والصحيح من القولين ههنا أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والصحيح من القولين فى المدعين انهم يحلفون خمسين يمينا والفرق بينهما أن كل واحد من المدعى عليه ينفى عن نفسه ما ينفيه لو انفرد وليس كذلك المدعون فان كل واحد منهم لا يثبت لنفسه ما يثبته اذا انفرد

﴿فصل﴾ فاما اذا لم يكن لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ولان اليمين انما جعلت فى جنبة المدعى عند اللوث لقوة جنبته باللوث فاذا عدم اللوث حصلت القوة فى جنبة المدعى عليه لان الاصل براءة ذمته وعدم القتل فعادت اليمين اليه وهل تغلظ بالعدد فيه قولان أحدهما انها لا تغلظ بل يحلف يمينا واحدة وهو اختيار المزنى لانها يمين توجهت على المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالعدد كما فى سائر الدعاوى والثانى انها تغلظ فيحلف خمسين يمينا وهو الصحيح لان التغليظ بالعدد لحرمة الدم وذلك موجود مع عدم اللوث فان قلنا انها يمين واحدة فان كان المدعى عليه جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة فان نكلوا ردت اليمين على المدعى فان كان واحدا حلف يمينا واحدة وان كانوا جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة وان قلنا يغلظ بالعدد وكان المدعى عليه واحدا حلف خمسين يمينا وان كانوا جماعة فعلى القولين أحدهما أنه يحلف كل واحد خمسين يمينا والثانى أنه يقسط على عدد رؤسهم فان نكلوا ردت اليمين على المدعى فان كان واحدا حلف خمسين يمينا وان كانوا جماعة فعلى القولين أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثانى أنه يقسط عليهم خمسون يمينا على قدر مواريثهم من الدية واذا نكل المدعى عليه حلف المدعى وقضى له فان كان فى قتل يوجب المال قضى له بالدية وان كان فى قتل يوجب القصاص وجب القصاص قولا واحدا لان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة فى أحد القولين وكالاقرار فى القول الآخر والقصاص يجب بكل واحد منهما

﴿فصل﴾ وان ادعى القتل على اثنين وعلى أحدهما لوث دون الآخر حلف المدعى على صاحب اللوث لوجود اللوث وحلف الذى لا لوث عليه لعدم اللوث وان ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم على القتل لم تسمع دعواه لانها دعوى محال وان ادعى القتل على ثلاثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وأنكر الحاضر حلف المدعى خمسين يمينا فان حضر الثانى وأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف عليه خمسين يمينا لانهما لو حضرا ذكر كل واحد منهما فى يمينه فاذا انفرد وجب أن يكرر ذكره والوجه الثانى أنه يحلف خمسا وعشرين يمينا لانهما لو حضرا حلف عليهما خمسين يمينا فاذا انفرد وجب أن يحلف عليه نصف الخمسين فان حضر الثالث وأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف عليه خمسين يمينا والثانى أنه يحلف عليه ثلث خمسين يمينا ويجبر الكسر فيحلف سبعة عشرة يمينا وان قال قتله هذا عمدا ولا أعلم كيف قتله الآخران أقسم على الحاضر ووقف الامر الى أن يحضر الآخران فان حضرا وأقرا بالعمد ففى القود قولان وان أقرا بالخطأ وجب على الاول ثلث الدية مغلظة وعلى كل واحد من الآخرين ثلث الدية مخففة وان أنكر القتل ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحلف لانه لا يعلم ما يحلف عليه ولا يعلم الحاكم ما يحكم به والثانى وهو قول أبى اسحق أنه يحلف لان جهله بصفة القتل ليس بجهل بأصل القتل فاذا حلف حبس حتى يصف القتل وان قال قتله هذا ونفر لا أعلم عددهم فان قلنا انه لا يجب القود لم يقسم على الحاضر لانه لا يعلم ما يخصه وان قلنا انه يجب القود ففيه وجهان أحدهما

أى يحلفون فيبرؤن من القتل يقال برىء من الدين وابرأته أنا فهو برىء وخلى منه (قوله اليمين المغلظة) الغلظ فى الجسم الكثافة والثخونة والامتلاء وفيما سواه الكثرة فتغليظ الايمان بكثرة العدد وبالصفات وتغليظ الدية تكثيرها بالاسنان التى تكثر قيمتها

أنه يقسم لان الجماعة تقتل بالواحد فلم يضر الجهل بعددهم والثاني وهو قول أبي اسحق انه لا يقسم لانه ربما عفا عن القود على الدية ولا يعلم ما يخصه منها

﴿فصل﴾ واللوث الذي يثبت لاجله اليمين في جنبة المدعي هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعي فان وجد القتيل في محلة أعدائه لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لوثا فيحلف المدعي لان قتيل الانصار وجد في خيبر وأهلها أعداء للانصار فجعل النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعين فصار هذا أصلا لكل من يغلب معه على الظن صدق المدعي فيجعل القول قول المدعي مع يمينه وان كان يخالطهم غيرهم لم يكن لوثا لجواز أن يكون قتله غيرهم وان تفرقت جماعة عن قتيل في دار أو بستان وادعى الولي أنهم قتلوه فهو لوث فيحلف المدعي أنهم قتلوه لان الظاهر أنهم قتلوه وان وجد قتيل في زحمة فهو لوث فان ادعى الولي أنهم قتلوه حلف وقضى له وان وجد قتيل في أرض وهناك رجل معه سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث فان ادعى الولي عليه القتل حلف عليه لان الظاهر أنه قتله فان كان هناك غيره من سبع أو رجل مول لم يثبت اللوث على صاحب السيف لانه يجوز أن يكون قتله السبع أو الرجل المولي وان تقابلت طائفتان فوجد قتيل من احدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الاخرى فان ادعى الولي أنهم قتلوه حلف وقضى له بالدية لان الظاهر أنه لم تقتله طائفته وان شهد جماعة من النساء أو العبيد على رجل بالقتل نظرت فان جاؤا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثا لانه يجوز أن يكونوا قد تواطؤا على الشهادة وان جاؤا متفرقين واتفقت أقوالهم ثبت اللوث ويحلف الولي معهم وان شهد صبيان أو فساق أو كفار على رجل بالقتل وجاؤا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثا لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطؤا على الشهادة فان جاؤا متفرقين وتوافقت أقوالهم ففيه وجهان أحدهما أن ذلك لوث لأن اتفاقهم على شيء واحد من غير تواطؤ يدل على صدقهم والثاني انه ليس بلوث لأنه لا حكم لخبرهم فلو أثبتنا بقولهم لوثا لجعلنا لخبرهم حكما وان قال المجروح قتلني فلان ثم مات لم يكن قوله لوثا لانه دعوى ولا يعلم به صدقه فلا يجعل لوثا فان شهد عدل على رجل بالقتل فان كانت الدعوى في قتل يوجب المال حلف المدعي يمينا وقضى له بالدية لأن المال يثبت بالشاهد واليمين وان كانت في قتل يوجب القصاص حلف خمسين يمينا ويجب القصاص في قوله القديم والدية في قوله الجديد

(قوله يواطؤا على الشهادة) يوافقوا

﴿فصل﴾ وان شهد واحد أنه قتله فلان بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما لأنه لم تتفق شهادتهما على قتل واحد وهل يكون ذلك لوثا يوجب القسامة في جانب المدعي قال في موضع يوجب القسامة وقال في موضع لا يوجب القسامة واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو اسحق هو لوث يوجب القسامة قولا واحدا لأنهما اتفقا على اثبات القتل وانما اختلفا في صفته وجعل القول الآخر غلطا من الناقل وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل ان ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولا واحدا لأن كل واحد منهما يكذب الآخر فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه والقول الآخر غلط من الناقل ومنهم من قال في المسئلة قولان أحدهما أنه لوث يوجب القسامة والثاني ليس بلوث ووجههما ما ذكرناه وان شهد واحد أنه قتله فلان وشهد آخر أنه أقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما لان أحدهما شهد بالقتل والآخر شهد بالاقرار وثبت اللوث على المشهود عليه وتخالف المسئلة قبلها فان هناك كل واحد منهم يكذب الآخر وههنا كل واحد منهما غير مكذب للآخر بل كل واحد منهما يقوي الآخر فيحلف المدعي مع من شاء منهما فان كان القتل خطأ حلف يمينا واحدة وثبتت الدية فان حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة لانها ثبتت بالبينة وان حلف مع من شهد بالاقرار وجبت الدية في ماله لانها ثبتت بالاقرار وان كان القتل موجبا للقصاص حلف المدعي خمسين يمينا

ووجب له القصاص فى أحد القولين والدية فى الآخر وان ادعى على رجل أنه قتل وليه ولم يقل عمدا ولا خطأ وشهد له بما ادعاه شاهد لم يكن ذلك لوثا لانه لو حلف مع شاهده لم يمكن الحكم بيمينه لانه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفى موجبه فسقطت الشهادة وبطل اللوث

﴿فصل﴾ وان شهد شاهدان أن فلانا قتله أحد هذين الرجلين ولم يعينا ثبت اللوث فيحلف الولى على من يدعى القتل عليه لانه قد ثبت أن المقتول قتله أحدهما فصار كما لو وجد بينهما مقتول فان شهد شاهد على رجل أنه قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لان اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ولا يعلم أن الشاهد لمن شهد من الوليين فلا يغلب على الظن صدق واحد من الوليين فلم يثبت فى حقه لوث وان ادعى أحد الوارثين قتل مورثه على رجل فى موضع اللوث وكذبه الآخر سقط حق المكذب من القسامة وهل يسقط اللوث فى حق المدعى فيه قولان أحدهما أنه لا يسقط فيحلف ويستحق نصف الدية وهو اختيار المزنى لان القسامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد ثم تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يحلف مع الشهادة فكذلك تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يقسم مع اللوث والقول الثانى أنه يسقط لان اللوث يدل على صدق المدعى من جهة الظن وتكذيب المنكر يدل على كذب المدعى من جهة الظن فتعارضا وسقطا وبقى القتل بغير لوث فيحلف المدعى عليه على ما ذكرناه وان قال أحد الابنين قتل أبى زيد ورجل آخر لا أعرفه وقال الآخر قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه أقسم كل واحد على من عينه ويستحق عليه ربع الدية لان كل واحد منهما غير مكذب للآخر لجواز أن يكون الآخر هو الذى ادعى عليه أخوه فان رجعا وقال كل واحد منهما علمت أن الآخر هو الذى ادعى عليه أخى أقسم كل واحد منهما على الذى ادعى عليه أخوه ويستحق عليه ربع الدية وان قال كل واحد منهما علمت أن الآخر غير الذى ادعى عليه أخى صار كل واحد منهما مكذبا للآخر فان قلنا ان تكذيب أحدهما لا يسقط اللوث أقسم كل واحد منهما على الذى عينه ثانيا واستحق عليه ربع الدية وان قلنا ان التكذيب يسقط اللوث بطلت القسامة فان أخذ شيأ رده ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وان ادعى القتل على رجل عليه لوث فجاء آخر وقال أنا قتلته ولم يقتله هذا لم يسقط حق المدعى من القسامة باقراره واقراره على نفسه لا يقبل لان صاحب الدم لا يدعيه وهل للمدعى أن يرجع ويطالب المقر بالدية فيه قولان أحدهما أنه ليس له مطالبته لان دعواه على الاول ابراء لكل من سواه والثانى أن له أن يطالب لان دعواه على الاول باللوث من جهة الظن والاقرار يقين فجاز أن يترك الظن ويرجع الى اليقين وان ادعى على رجل قتل العمد فقيل له صف العمد ففسره بشبه العمد فقد نقل المزنى أنه لا يقسم وروى الربيع أنه يقسم فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يقسم لان بقوله قتله عمدا أبرأ العاقلة وبتفسيره أبرأ القاتل والقول الثانى أنه يقسم وتجب الدية على العاقلة لان المعول على التفسير وقد فسر بشبه العمد ومنهم من قال يقسم قولا واحدا لما بيناه وقوله لا يقسم معناه لا يقسم على ما ادعاه

﴿فصل﴾ وان كانت الدعوى فى الجناية على الطرف ولم تكن شهادة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لان اللوث قضى به فى النفس بحرمة النفس فلا يقضى به فى الطرف كالكفارة وهل تغلظ اليمين فيه بالعدد فيه قولان أحدهما لا تغلظ لانه يسقط فيه حكم اللوث فسقط فيه حكم التغليظ بالعدد والثانى أنه تغلظ بالعدد لانه يجب فيه القصاص والدية المغلظة فوجب فيه تغليظ اليمين فان قلنا لا تغلظ حلف المدعى عليه يمينا واحدة وان قلنا تغلظ فان كان فى جناية توجب دية كاملة كاليدين غلظ بخمسين يمينا وان كان فيما لا توجب دية كاملة كاليد الواحدة ففى قدر التغليظ قولان أحدهما أنه يغلظ

(قوله لان المعوّل) أى المعتمد والعرب تقول عوّلت عليه فى الامر أى استعنت فيه واعتمدت عليه

بخمسين يمينا لان التغليظ لحرمة الدم وذلك موجود فى اليد الواحدة والثانى أنه تغلظ بحصته من الدية لان ديته دون دية النفس فلم تغلظ بما تغلظ به فى النفس

﴿فصل﴾ فان كانت الدعوى فى قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقان أحدهما أنه يبنى ذلك على أن العاقلة هل تحمل قيمته بالجناية فان قلنا تحمل العاقلة قيمته ثبتت فيه القسامة للسيد وان قلنا لا تحمل لم تثبت القسامة والثانى وهو قول أبى العباس ان للسيد القسامة قولا واحدا لان القسامة لحرمة النفس فاستوى فيه الحر والعبد كالكفارة فان قلنا ان السيد يقسم أقسم المكاتب فى قتل عبده فان لم يقسم حتى عجز عن أداء الكتابة أقسم المولى وان قتل عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمته لأم ولده ولم يقسم السيد حتى مات ولم تقسم الورثة فهل تقسم أم الولد فيه قولان أحدهما تقسم والثانى لا تقسم كما قلنا فى غرماء الميت اذا كان له دين وله شاهد ولم تحلف الورثة ان الغرماء يقسمون فى أحد القولين ولا يقسمون فى الآخر وقد بيناه ذلك فى التفليس

﴿فصل﴾ وان قتل مسلم وهناك لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد المدعى لم يقسم لانه اذا أقدم على الردة وهى من أكبر الكبائر لم يؤمن أن يقدم على اليمين الكاذبة فان أقسم صحت القسامة وقال المزنى رحمه الله لا تصح لانه كافر فلا يصح يمينه بالله وهذا خطأ لان القصد بالقسامة اكتساب المال والمرتد من أهل الاكتساب فاذا أقسم وجب القصاص لوارثه أو الدية فان رجع الى الاسلام كان له وان مات على الردة كان ذلك لبيت المال فيأ وقال أبو على بن خيران وأبو حفص بن الوكيل يبنى وجوب الدية بقسامته على حكم ملكه فان قلنا ان ملكه لا يزول بالردة أو قلنا انه موقوف فعاد الى الاسلام ثبتت الدية وان قلنا ان ملكه يزول بالردة أو قلنا انه موقوف فلم يسلم حتى مات لم تثبت الدية وهذا غلط لان اكتسابه للمال يصح على الاقوال كلها وهذا اكتساب

﴿فصل﴾ ومن توجهت عليه يمين فى دم غلظ عليه فى اليمين لما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال أعلى دم قيل لا قال أفعلى عظيم من المال قيل لا قال لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام وان كانت اليمين فى نكاح أو طلاق أو حد قذف أو غيرها مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظ لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال فغلظ اليمين فيه كالدم وان كانت اليمين فى مال أو ما يقصد به المال فان كان يبلغ عشرين مثقالا غلظ وان لم يبلغ ذلك لم يغلظ لان عبد الرحمن بن عوف فرق بين المال العظيم وبين ما دونه فان كانت اليمين فى دعوى عتق فان كان السيد هو الذى يحلف فان كانت قيمة العبد تبلغ عشرين مثقالا غلظ اليمين وان لم تبلغ عشرين مثقالا لم يغلظ لان المولى يحلف لاثبات المال ففرق بين القليل والكثير كأروش الجنايات فان كان الذى يحلف هو العبد غلظ قلت قيمته أو كثرت لانه يحلف لاثبات العتق والعتق ليس بمال ولا المقصود منه المال فلم تعتبر قيمته كدعوى القصاص ولا فرق بين أن يكون فى طرف قليل الارش أو فى طرف كثير الارش

﴿فصل﴾ والتغليظ قد يكون بالزمان وبالمكان وفى اللفظ فأما التغليظ بالمكان ففيه قولان أحدهما انه يستحب والثانى انه واجب وأما التغليظ بالزمان فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله انه يستحب وقد بيناه ذلك فى اللعان وقال أكثر أصحابنا ان التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان وفيه قولان وأما التغليظ باللفظ فهو مستحب وهو أن يقول والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أحلف رجلا فقال قل والله الذى لا اله الا هو ولأن القصد باليمين الزجر عن الكذب وهذه الالفاظ أبلغ فى الزجر

(قوله لقد خشيت أن يبهأ الناس) أى يأنسوا به فتقل هيبته عندهم فيتهاونوا به ويحتقروه وقد ذكر

وأمنع من الاقدام على الكذب وان اقتصر على قوله والله أجزأه لان النبي صلى الله عليه وسلم اقتصر في احلاف ركانة على قوله والله وان اقتصر على صفة من صفات الذات كقوله وعزة الله أجزأه لانها بمنزلة قوله والله في الحنث في اليمين وايجاب الكفارة وان حلف بالمصحف وما فيه من القرآن فقد حكى الشافعي رحمه الله عن مطرف أن ابن الزبير كان يحلف على المصحف قال ورأيت مطرفا بصنعاء يحلف على المصحف قال الشافعي وهو حسن ولان القرآن من صفات الذات ولهذا يجب بالحنث فيه الكفارة وان كان الحالف يهوديا أحلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق وان كان نصرانيا أحلفه بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى وان كان مجوسيا أو وثنيا أحلفه بالله الذي خلقه وصوره

﴿فصل﴾ ولا يصح اليمين في الدعوى الا أن يستحلفه القاضي لان ركانة بن عبد يزيد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله اني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت الا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة قال ركانة والله ما أردت الا واحدة ولان الاعتبار بنية الحاكم فاذا حلف من غير استحلافه نوى ما لا يحنث به فيجعل ذلك طريقا الى ابطال الحقوق وان وصل يمينه استثناء أو شرطا أو وصله بكلام لم يفهمه أعاد عليه اليمين من أولها وان كان الحالف أخرس ولا يفهم اشارته وقف الامر الى أن يفهم اشارته فان طلب المدعى أن يرد اليمين عليه لم يرد اليمين عليه لان رد اليمين يتعلق بنكول المدعى عليه ولا يوجد النكول فان كان الذي عليه اليمين حلف بالطلاق انه لا يحلف بيمين مغلظة فان كان التغليظ مستحقا عليه لزمه أن يحلف وان حنث في يمينه بالطلاق كما لو حلف بالطلاق انه لا يحلف عند القاضي فان امتنع جعلناه ناكلا ورددت اليمين على خصمه وان كان التغليظ غير مستحق لم يلزمه أن يحلف يمينا مغلظة وان امتنع من التغليظ لم يجعل ناكلا

﴿فصل﴾ وان حلف على فعل نفسه في نفي أو اثبات حلف على القطع لان علمه يحيط بحاله فيما فعل وفيما لم يفعل وان حلف على فعل غيره فان كان في اثبات حلف على القطع لان له طريقا الى العلم بما فعل غيره وان كان على نفي حلف على نفي العلم فيقول والله لا أعلم أن أبي أخذ منك مالا ولا أعلم ان أبي أبرأك من دينه لانه لا طريق له الى القطع بالنفي فلم يكلف اليمين عليه

﴿فصل﴾ وان ادعى عليه دين من بيع أو قرض فأجاب بانه لا يستحق عليه شيء ولم يتعرض للبيع والقرض لم يحلف الا على ما أجاب ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لانه يجوز أن يكون قد استقرض منه أو ابتاع ثم قضاه أو أبرأه منه فاذا حلف على نفي البيع والقرض حلف كاذبا وان أجاب بانه ما باعني ولا أقرضني ففي الاحلاف وجهان أحدهما انه يحلف انه لا يستحق عليه شيء ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لما ذكرناه من التعليل والثاني انه يحلف على نفي البيع والقرض لانه نفى ذلك في الجواب فلزمه أن يحلف على النفي فان ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكر حلف انه لا يستحق عليه ما يدعيه ولا شيأ منه فان حلف انه لا يستحق عليه الالف لم يجزه لان يمينه على نفي الالف لا يمنع وجوب بعضها

﴿فصل﴾ وان كان لجماعة على رجل حق فوكلوا رجلا في استحلافه لم يجز أن يحلف لهم يمينا واحدة لان لكل واحد منهم عليه يمينا فلم تتداخل فان رضوا بأن يحلف لهم يمينا واحدة ففيه وجهان أحدهما انه يجوز كما يجوز أن يثبت ببينة واحدة حقوق الجماعة والثاني وهو المذهب انه لا يجوز لان القصد من اليمين الزجر وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجز وان رضوا كما لو رضيت المرأة أن يقتصر الزوج في اللعان على شهادة واحدة

(قوله من صفات الذات) أى حقيقته وثبوت وجوده في النفس من غير صورة ولا شخص ولا مثال

﴿كتاب الشهادات﴾

تحمل الشهادة وأداؤها فرض لقوله عزوجل ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه قال ابن عباس رضي الله عنه من الكبائر كتمان الشهادة لان الله تعالى يقول ومن يكتمها فانه آثم قلبه فهي فرض على الكفاية فان قام بها من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لان المقصود بها حفظ الحقوق وذلك يحصل ببعضهم وان كان في موضع لا يوجد فيه غيره ممن يقع به الكفاية غيره تعين عليه لانه لا يحصل المقصود الا به فتعين عليه ويجب الاشهاد على عقد النكاح وقد بيناه في النكاح وهل يجب على الرجعة فيه قولان وقد بيناهما في الرجعة وأما ما سوى ذلك من العقود كالبيع والاجارة وغيرهما فالمستحب أن يشهد عليه لقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم ولا يجب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع من اعرابي فرسا فجحده فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت الانصاري أنا أشهد لك قال لم تشهد ولم تحضر فقال نصدقك على اخبار السماء ولا نصدقك على اخبار الارض فسماه النبي صلى الله عليه وسلم ذا الشهادتين

﴿فصل﴾ ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى فالمستحب أن لا يشهد به لانه مندوب الى ستره ومأمور بدرئه فان شهد به جاز لانه شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضي الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره من الصحابة عليهم ذلك ومن كانت عنده شهادة لآدمي فان كان صاحبها يعلم بذلك لم يشهد قبل أن يسأل لقوله عليه السلام خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وان كان صاحبها لا يعلم شهد قبل أن يسأل لما روى زيد بن خالد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خير الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها

﴿فصل﴾ ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجرة لانه فرض تعين عليه فلم يجز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفرائض ومن لم يتعين عليه ففيه وجهان أحدهما انه يجوز له أخذ الاجرة لانه لا يتعين عليه فجاز أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز على كتب الوثيقة والثاني انه لا يجوز لانه تلحقه التهمة بأخذ العوض

﴿باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل﴾

لا تقبل شهادة الصبي لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان والصبي ليس من الرجال ولما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه اذا لم يؤتمن على حفظ أمواله فلان لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره أولى ولا تقبل شهادة المجنون للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا تقبل شهادة المغفل الذي يكثر منه الغلط لانه لا يؤمن أن يغلط في شهادته وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط لان أحدا لا ينفك من الغلط واختلف أصحابنا في شهادة الاخرس فمنهم من قال تقبل لان اشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه فكذلك في الشهادة ومنهم من قال لا تقبل لان اشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة وهو في النكاح والطلاق لانها لا تستفاد الا من جهته ولا ضرورة بنا الى شهادته لانها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز باشارته

(ومن كتاب الشهادات) أصل الشهادة الحضور من قولهم شهد المكان وشهد الحرب أي حضرها والمشاهدة المعاينة مع الحضور والشهادة خبر قطع بما حضر وعاين ثم قد يكون بما علم واستفاض وقيل ان الشهادة مأخوذة من العلم من قوله تعالى شهد الله قيل علم وبين كان الشاهد يبين ما يوجب حكم الحاكم (قوله شهد أبو بكرة ونافع) وزياد هم أخوة أمهم سمية جارية للحارث ابن كلدة الثقفي وكان أبو بكرة ينسب في الموالي قال البيهقي أبو بكرة بن مسروح وقيل اسمه نفيع بن الحارث ونافع ينسب الى الحارث وزياد ينسب الى أبي سفيان بن حرب وصدقه معاوية رضي الله عنه وانتفى عن أبيه عبيد زوج سمية أمه فهجره أخوه أبو بكرة الى ان مات حين انتسب الى الزاني وصدق أن معزت لان أبا سفيان زعم أنه زنى بأمه في الجاهلية (قوله خير الناس قرني) القرن من الناس أهل زمان واحد واشتقاقه من الاقران وكل طبقة مقترنين في وقت فهم قرن قال

اذا ذهب القرن الذي أنت منهم
وخلفت في قرن فأنت غريب

والقرن مثلك في السن تقول هذا على قرني أي على سني (قوله ثم يفشو) أي يكثر وينتشر من فشا المال اذ تناسل وكثر وفشا الخبر أي ذاع (قوله واستشهدوا شهيدين من رجالكم) يقال شهدت واستشهدت بمعنى واحد وشهيد وشاهد مثل عليم وعالم ويجمع على اشهاد وشهداء وشهود وشهد (فصل) خزيمة بن ثابت ذا الشهادتين لانه حكم بشهادته وحده وأقيم شهادته مقام شهادتين

(فصل) ولا تقبل شهادة العبد لأنها أمر لا يتبعض بني على التفاضل فلم يكن للعبد فيه مدخل كالميراث والرجم ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم ولأنه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمي فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى ولا تقبل شهادة فاسق لقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين فإن ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر فسق وردت شهادته سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه والدليل عليه قوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه فورد النص في القذف والزنا وقسنا عليهما سائر الكبائر ولأن من ارتكب كبيرة ولم يبال شهد بالزور ولم يبال وإن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر فإن كان ذلك نادرا من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته وإن كان ذلك غالبا في أفعاله فسق وردت شهادته لأنه لا يمكن رد شهادته بالقليل من الصغائر لأنه لا يوجد من يمحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم ما منا إلا من عصى أو هم بمعصية إلا يحيى بن زكريا ولهذا قال الشاعر

من لك بالمحض وليس محض * يخبث بعض ويطيب بعض

ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر لأن من استجاز الإكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله لأن الحكم للغالب والنادر لا حكم له ولهذا قال الله تعالى فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون ومن خفت موازينه فأولئك الذين خسروا أنفسهم في جهنم خالدون

(فصل) ولا تقبل شهادة من لا مروءة له كالقوال والرقاص ومن يأكل في الأسواق ويمشي مكشوف الرأس في موضع لا عادة له في كشف الرأس فيه لأن المروءة هي الإنسانية وهي مشتقة من المرء ومن ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور ولأن من لا يستحيي من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع والدليل عليه ما روى أبو مسعود البدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت واختلف أصحابنا في أصحاب الصنائع الدنيئة إذا حسنت طريقتهم في الدين كالكناس والدباغ والزبال والنخال والحجام والقيم بالحمام فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى إن أكرمكم عند الله أتقاكم ولأن هذه صناعات مباحة وبالناس إليها حاجة فلم ترد بها الشهادة

(فصل) ويكره اللعب بالشطرنج لأنه لعب لا ينتفع به في أمر الدين ولا حاجة تدعو إليه فكان تركه أولى ولا يحرم لأنه روي اللعب به عن ابن عباس وابن الزبير وأبي هريرة وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم وروي عن سعيد بن جبير أنه كان يلعب به استدبارا ومن لعب به من غير عوض ولم يترك فرضا ولا مروءة لم ترد شهادته وإن لعب به على عوض نظرت فإن أخرج كل واحد منهما مالا على أن من غلب

وأصله الميل كأنه مال عن الصدق إلى الكذب ومنه قوله تعالى وترى الشمس إذا طلعت تزاور عن كهفهم وقيل هو مشتق من قولهم زورت في نفسي حديثا أصلحته وهيأته كأن شاهد الزور قد زور الشهادة في نفسه وهيأها ولم يسمع ولم ير (قوله بمحض الطاعة) أي يخلصها والمحض الخالص من كل شيء (قوله يخبث بعض) الخبيث ضد الطيب وقد خبث خباثة وخبثا (قوله من استجاز) أي رآه جائزا سائغا يقال جوز له ما صنع وأجازه له أي سوغ له ذلك والمروءة تهمز وتخفف ويجوز التشديد وترك الهمزة فيها وهي الإنسانية كما ذكر قال أبو زيد مرؤ الرجل صار ذا مروءة فهو مريء على فعيل وتمرأ أي تكلف المروءة (قوله صلى الله عليه وسلم إذا لم تستح فاصنع ما شئت) معناه إنما يمنع من فعل السوء والقبيح الحياء فإذا عدم الحياء فيمنعه منه مانع وقيل معناه إذا لم تستحي صنعت ما شئت وقيل اصنع ما شئت فأنت مجازى (قوله الصنائع الدنيئة) هي الخسيسة مأخوذة من الدنيء وهو الخسيس مهموز وقد دنؤ الرجل إذا صار دنيا لا خير فيه (قوله الزبال) الذي يحمل الزبل وهو السرجين وموضعه المزبلة والنخال هو الذي ينخل التراب يلتمس فيه الشيء التافه والشطرنج بكسر الشين في اللغة الفصيحة (قوله يلعب به استدبارا) الاستدبار خلاف الاستقبال أي يجعله خلف ظهره

منهما أخذ المالين فهو قمار تسقط به العدالة وترد به الشهادة لقوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه والميسر القمار وان أخرج أحدهما مالا على أنه ان غلب أخذ ماله وان غلبه صاحبه أخذ المال لم يصح العقد لانه ليس من آلات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه ولا ترد به الشهادة لانه ليس بقمار لان القمار أن لا يخلو أحد من أن يغنم أو يغرم وههنا أحدهما يغنم ولا يغرم وان اشتغل به عن الصلاة في وقتها مع العلم فان لم يكثر ذلك منه لم ترد شهادته وان أكثر منه ردت شهادته لانه من الصغائر ففرق بين قليلها وكثيرها فان ترك فيه المروءة بان يلعب به على طريق أو تكلم في لعبه بما يسخف من الكلام أو اشتغل بالليل والنهار ردت شهادته لترك المروءة

(فصل) ويحرم اللعب بالنرد وترد به الشهادة وقال أبو اسحق رحمه الله هو كالشطرنج وهذا خطأ لما روى أبو موسى الاشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله وروى بريدة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه ولان المعول فيه على ما يخرجه الكعبان فشابه الازلام ويخالف الشطرنج فان المعول فيه على رأيه ويحرم اللعب بالاربعة عشر لان المعول فيها على ما يخرجه الكعبان فحرم كالنرد

(فصل) ويجوز اتخاذ الحمام لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رجلا شكى الى النبي صلى الله عليه وسلم الوحشة فقال اتخذ زوجا من حمام ولان فيه منفعة لانه يأخذ بيضه وفرخه ويكره اللعب به لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسعى بحمامة فقال شيطان يتبع شيطانة وحكمه في رد الشهادة حكم الشطرنج وقد بيناه

(فصل) ومن شرب قليلا من النبيذ لم يفسق ولم ترد شهادته ومن أصحابنا من قال ان كان يعتقد تحريمه فسق وردت شهادته والمذهب الاول لان استحلال الشيء أعظم من فعله بدليل ان من استحل الزنا كفر ولو فعله لم يكفر فاذا لم ترد شهادة من استحل القليل من النبيذ فلان لا يرد بشربه أولى ويجب عليه الحد وقال المزني رحمه الله لا يجب كما لا ترد شهادته وهذا خطأ لان الحد للردع والنبيذ كالخمر في الحاجة الى الردع لانه يشتهى كما يشتهى الخمر ورد الشهادة لارتكاب كبيرة لانه اذا أقدم على كبيرة أقدم على شهادة الزور وشرب النبيذ ليس بكبيرة لانه مختلف في تحريمه وليس من أقدم على مختلف فيه أقدم على شهادة الزور وهي من الكبائر

(فصل) ويكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل ولا يحرم لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بجارية لحسان بن ثابت وهي تقول * هل علي ويحكما ان لهوت من حرج * فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حرج ان شاء الله وروت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت كان عندي جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر رضي الله عنه فقال مزمار الشيطان في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعهما فانها أيام عيد فان غنى لنفسه أو سمع غناء جاريته ولم يكثر منه لم ترد شهادته لان عمر رضي الله عنه كان اذا دخل في داره يترنم بالبيت والبيتين واستؤذن عليه لعبد الرحمن

(قوله يتكلم بما يسخف) هو الكلام القرع الساقط وأصل السخف رقة العقل وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف ويحرم اللعب بالنرد ليس النرد بعربي وصورته أن يكون ثلاثون بندقا مع كل واحد من اللاعبين خمسة عشر ويكون فيه ثلاث كعاب مربعة تكون في ارباع كل واحدة في ربع ست نقط وفي المقابلة نقطة وفي الربع الثاني خمس نقط وفي المقابلة نقطتين وفي الربع الثالث أربع نقط وفي المقابلة ثلاث نقط والاربعة عشر هي قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطر فيجعل في تلك الحفر حصى صغار يلعبون بها ذكره في البيان ويحرم اللعب بالاربعة عشر هي اللعبة التي تسميها العامة شارده وهو أربعة عشر بالفارسية لان شار أربعة وده عشرة بلغتهم وهو حفيرات تجعل في لوح سطرا في أحد جانبيه وسطرا في الجانب الآخر وتجعل في الحفر حصى صغار يلعبون بها وقال في الشامل ثلاثة أسطر (قوله من غير آلة مطربة) قد ذكرنا أن الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أوسرور قال الشاعر

وأراني طربا في اثرهم ... طرب الواله أو كالمختبل

وبيت الجارية التي تنشد

هل علي ويحكما ... ان لهوت من حرج

فقال لا حرج ان شاء الله قال ابن الانباري في الويح قولان قال أهل التفسير الويح الرحمة وقالوا حسن أن يقول الرجل لمن يخاطبه ويحك والثاني قاله الفراء الويح والويس كنايتان عن الويل ومعنى ويحك وويلك بمنزلة ابن قول العرب قبحه الله كناية عن قولهم قاتله الله وكنى آخرون فقالوا كاتعه الله وقال غيره ويح كلمة رحمة ضد ويل كلمة عذاب وقال البريدي هما بمعنى واحد تقول ويح لزيد وويل لزيد برفعهما على الابتداء ولك أن تقول ويحا لزيد وويلا لزيد فتنصبهما باضمار فعل كأنك قلت ألزمه الله ويحا وويلا (قوله لا حرج) أي لا اثم أو لا اثم وقد ذكر (قوله يترنم بالبيت والبيتين) الرنم بالتحريك الصوت وقد رنم بالكسر

وترنم اذا رجع صوته والترنيم مثله وترنم الطائر في هديره وقيل ان البيت الذي أنشده عمر رضي الله عنه وان ثوائي بالمدينة بعدما * قضى وطرا منها جميل بن معمر أراد جميل بن معمر الجمحي لا العذري فانه متأخر (قوله اني لاجم قلبي) أي أريحه والجمام بالفتح الراحة يقال جم الفرس جاو جماما اذا ذهب اعياؤه وكذلك اذا ترك الضراب يجم ويجم وأجم الفرس اذا ترك أن يركب وقيل يجمعه ويكمل صلاحه ونشاطه يقال جم الماء يجم اذا زاد وجم الفرس اذا زاد جريه (قوله المعزفة) بكسر الميم من آلات الملاهي والمعازف الملاهي والعزيف صوت الجن يعزف عزيفا (قوله تعالى لهو الحديث) فسر بالغناء وسمي لهوا لانه يلهي عن ذكر الله تعالى يقال لهوت عن الشئ اذا أعرضت عنه (قوله في الحديث ان الله تعالى حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين) الخمر يكون من العنب ويقال لما سواها مجازا واتساعا والميسر القمار وقد ذكر والمزر خمرة الذرة وأما الكوبة والقنين فقد فسرهما الشيخ في الكتاب وفسر القنين بالبربط وهو عود الغناء قال الزمخشري القنين بوزن السكيت الطنبور عن ابن الاعرابي وقن

ابن عوف رضي الله عنه وهو يترنم فقال أسمعتني يا عبد الرحمن قال نعم قال انا اذا خلونا في منازلنا نقول كما يقول الناس وروى عن أبي الدرداء رضي الله عنه وهو من زهاد الصحابة وفقهائها أنه قال اني لأجم قلبي شيأ من الباطل لاستعين به على الحق فاما اذا أكثر من الغناء أو اتخذه صنعة يغشاه الناس للسماع أو يدعى الى المواضع ليغني ردت شهادته لانه سفه وترك للمروءة وان اتخذ جارية ليجمع الناس لسماعها ردت شهادته لانه سفه وترك مروءة ودناءة

﴿فصل﴾ ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار والدليل عليه قوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله قال ابن عباس انها الملاهي وروى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزمار والكوبة والقنين فالكوبة الطبل والقنين البربط وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تمسخ أمة من أمتي بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف ولانها تطرب وتدعو الى الصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة والى اتلاف المال فحرم كالخمر ويجوز ضرب الدف في العرس والختان دون غيرهما لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف ويكره القضيب الذي يزيد الغناء طربا ولا يطرب اذا انفرد لانه تابع للغناء فكان حكمه حكم الغناء واما رد الشهادة فما حكمنا بتحريمه من ذلك فهو من الصغائر فلا ترد الشهادة بما قل منه وترد بما كثر منه كما قلنا في الصغائر وما حكمنا بكراهيته واباحته فهو كالشطرنج في رد الشهادة وقد بيناه

﴿فصل﴾ وأما الحداء فهو مباح لما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة نام بالوادي حاديان وروت عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان أنجشة مع النساء فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن رواحة حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنقت الابل في السير فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أنجشة رويدك رفقا بالقوارير ويجوز استماع نشيد الاعراب لما روى عمرو بن

اذا ضربته قال وقيل لعبة للروم يتقامرون بها وهو قول ابن قتيبة قال ابن الاعرابي وهو الطنبور بالحبشة والكوبة النرد ويقال الطبل وقال في الوسيط هو طبل المخنثين دقيق الوسط غليظ الطرفين وقال الجوهري الكوبة الطبل الصغير المخصر وهو قريب مما قال في الوسيط وقال في العين هن قصبات يجمعن في قطعة من أديم ويخرز عليهن ثم ينفخ فيها اثنان يزمران فيها وسميت كوبة لان بعضها كوب على بعض أي ألزم (قوله تمسخ أمتي) المسخ تحويل صورة الى ما هو أقبح منها يقال مسخه الله قردا والمسيخ من الرجال الذي لا ملاحة له ومن اللحم الذي لا طعم له (قوله أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف)

الاعلان والعلانية ضد الاسرار وهو اظهار الشئ وترك اخفائه ليخالف الزنا الذي عادته أن يستتر به ويخفى والدف بالضم وحكى أبو عبيد ان الفتح فيه لغة (قوله في الحديث ان انجشة كان مع النساء فحدا فقال عليه السلام رويدك يا أنجشة رفقا بالقوارير) الحدا والحدو سوق الابل والغناء لها وقد حدوت الابل حدوا وحدا (قوله فاعنقت الابل في السير) أي أسرعت والعنق ضرب من السير سريع كأن الابل ترفع أعناقها فيه (قوله رويدك) تصغير رود وقد أرود به أي رفق به وقد وضع موضع الامر أي أرود بمعنى ارفق قيل أصله من رادت الريح ترود اذا تحركت حركة خفيفة قال الله تعالى أمهلهم رويدا أي امهلهم لا رويدا (قوله رفقا بالقوارير) شبههن بها لضعفهن ورقة قلوبهن والقوارير يسرع اليها الكسر وكان ينشد من الرجز ما فيه نسيب فلم يأمن أن يصيبهن أو يقع في قلوبهن حلاوته فأمر بالكف عن ذلك ويقال الغناء رقية الزنا ويقال ان سليمان بن عبد الملك سمع في معسكره مغنيا فدعا به فخصاه فقال ان الغناء رقية الزنا وكان شديد الغيرة وأنشد بعض أهل العصر يا حادي العيس رفقا بالقوارير * فقد أذاب سراها بالقوارير

وشفها السير حتى ما بها رمق * فى مهمه ليس فيه للقوار برى جمع قار يقوهى الفاختة (قوله فانشدته بيتا فقال هيه) معناه زد وهو اسم فعل
يؤمر به أى زد فى انشادك ينون ولا ينون فمن نون فمعناه زدنى حديثا لان التنوين للتنكير ومن لم ينون فمعناه زدنى من الحديث المعروف منك
وأصله ايه والهاء مبدلة من الهمزة تقول للرجل اذا استزدته من حديث أو عمل قال ذو الرمة وقفنا فقلنا ايه عن أم سالم * وما بال تكليم الديار البلاقع
وأما ايها فمعناه كف ولم يجئ الا منكرا قال النابغة ايها فدا لك الاقوام كلهم * وما أثمر من مال ومن ولد

الشريد عن أبيه قال أردفنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال أمعك شئ من شعر أمية بن أبى الصلت فقلت نعم فانشدته بيتا فقال هيه فانشدته بيتا آخر فقال هيه فانشدته الى ان بلغ مائة بيت

(فصل) ويستحب تحسين الصوت بالقرآن لما روى الشافعى رحمه الله باسناده عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ما أذن الله لشئ كاذنه لنبى حسن الترنم بالقرآن وروى حسن الصوت بالقرآن وروى البراء ابن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال حسنوا القرآن باصواتكم وقال عليه السلام ليس منا من لم يتغن بالقرآن وحمله الشافعى على تحسين الصوت وقال لو كان المراد به الاستغناء بالقرآن لقال من لم يتغان بالقرآن وأما القراءة بالالحان فقد قال فى موضع أكرهه وقال فى موضع آخر لا أكرهه وليست على قولين وانما هى على اختلاف حالين فالذى قال أكرهه أراد اذا جاوز الحد فى التطويل وادغام بعضه فى بعض والذى قال لا أكرهه اذا لم يجاوز الحد

(فصل) ويجوز قول الشعر لانه كان للنبى صلى الله عليه وسلم شعراء منهم حسان بن ثابت وكعب بن مالك وعبد الله بن رواحة ولانه وفد عليه الشعراء ومدحوه وجاءه كعب بن زهير وأنشده

بانت سعاد فقلبى اليوم متبول * متيم عندها لم يفد مكبول

فاعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بردة كانت عليه فابتاعها منه معاوية بعشرة آلاف درهم وهى التى مع الخلفاء الى اليوم وحكمه حكم الكلام فى حظره واباحته وكراهيته واستحبابه ورد الشهادة به والدليل عليه ماروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام

(فصل) ومن شهد بالزور فسق وردت شهادته لانها من الكبائر والدليل عليه ماروى خريم بن فاتك قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح ولما انصرف قام قائما ثم قال عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثلاث مرات ثم تلا قوله عز وجل فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وروى محارب بن دثار عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال شاهد الزور لا يزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار ويثبت انه شاهد زور من ثلاثة أوجه أحدها أن يقر انه شاهد زور والثانى ان تقوم البينة انه شاهد زور والثالث أن يشهد بما يقطع بكذبه بان شهد على رجل انه قتل أو زنى فى وقت معين فى موضع معين والمشهود عليه فى ذلك الوقت كان فى بلد آخر وأما اذا شهد بشئ أخطأ فيه لم يكن شاهد زور لانه لم يقصد الكذب وان شهد لرجل بشئ وشهد به آخر انه لغيره لم يكن شاهد زور لانه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك فى عدالته واذا ثبت انه شاهد زور ورأى الامام تعزيره بالضرب أو الحبس أو الزجر فعل وان رأى أن يشهر أمره فى سوقه ومصلاه وقبيلته وينادى عليه انه شاهد زور فاعرفوه فعل لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس ولان فى ذلك زجرا له ولغيره عن فعل مثله وحكى عن أبى على بن أبى هريرة انه قال ان كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لقوله عليه السلام اقيلوا

فى الحديث ما أذن الله لشئ اذنه لنبى يتغنى بالقرآن يريد ما استمع الله لشئ والله تعالى لا يشغله سمع عن سمع يقال أذن يأذن أذنا اذا استمع ومنه قوله تعالى وأذنت لربها وحقت أى استمعت قال ابن أحمر

ايها القلب تمتع بددن * ان همى فى سماع واذن

ومن ذلك سميت الاذن (قوله من لم يتغن بالقرآن) مفسر فى الكتاب والاولى الجمع بين التفسيرين الاستغناء به والتأدب بآدابه وتحسين الصوت به وترقيقه ليتعظ به من سمعه ويتعظ هو (قوله وأما القراءة بالالحان) الالحان واحده اللحن وهو الغناء والتطريب وقد لحن فى قراءته اذا طرب بها وغرد وفى الحديث اقرؤا القرآن بلحون العرب (قوله فى بيت الشعر

بانت سعاد فقلبى اليوم متبول) * بانت فارقت والبين الفراق والبين ضد الوصل لقد تقطع بينكم وهو من الاضداد ومتبول أى سقيم [illegible] خبل [illegible] أى [illegible] (قوله عدلت شهادة الزور الاشراك بالله) [illegible] (قوله فليتبوأ مقعده) ذكر (قوله وان رأى أن يشهر أمره) أى [illegible] الامر [illegible] وكذلك شهرته تشهيرا (قوله أهل الصيانة) [illegible] عن [illegible] بغيره

اقيلوا ذوى الهيآت عثراتهم وهذا غير صحيح لان بشهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة

﴿فصل﴾ ولا تقبل شهادة جار الى نفسه نفعا ولا دافع عن نفسه ضررا لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة والظنين المتهم والجار الى نفسه نفعا والدافع عنها ضررا متهمان فان شهد المولى لمكاتبه بمال لم تقبل شهادته لانه يثبت لنفسه حقا لان مال المكاتب يتعلق به حق المولى وان شهد الوصي لليتيم والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه اليه لم تقبل لانهما يثبتان لانفسهما حق المطالبة والتصرف وان وكله في شئ ثم عزله لم يشهد فيما كان النظر فيه اليه فان كان قد خاصم فيه لم تقبل شهادته وان لم يكن قد خاصم فيه ففيه وجهان أحدهما انه تقبل لانه لا يلحقه تهمة والثانى انه لا تقبل لانه بعقد الوكالة ملك الخصومة فيه وان شهد الغريم لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفلس لم تقبل شهادته لانه يتعلق حقه بما يثبت له بشهادته وان شهد لمن له عليه دين وهو موسر قبلت شهادته لانه لا يتعين حقه فيما شهد به وان شهد له وهو معسر قبل الحجر ففيه وجهان أحدهما انه لا يقبل لانه يثبت له حق المطالبة والثانى انه يقبل لانه لا يتعلق بما يشهد به له حق

﴿فصل﴾ وان شهد رجلان على رجل انه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم تقبل لانه قد يسرى الى نفسه فيجب الدم به لهما وان شهد اله بمال وهو مريض ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق انه لا تقبل لانهما متهمان لانه قد يموت فيكون المال لهما فلم تقبل كما لو شهدا بالجراحة والثانى وهو قول أبي الطيب بن سلمة انه تقبل لان الحق يثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما وفى الجناية اذا وجبت الدية وجبت لهما لانها تجب بموته فلم تقبل وان شهدا له بالجراحة وهناك ابن قبلت شهادتهما لانهما غير متهمين وان مات الابن وصار الاخوان وارثين نظرت فان مات الابن بعد الحكم بشهادتهما لم تسقط الشهادة لانه حكم بها وان مات قبل الحكم بشهادتهما سقطت الشهادة كما لو فسقا قبل الحكم وان شهد المولى على غريم مكاتبه والوصي على غريم الصبي أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين أو بفسق شهود الدين لم تقبل الشهادة لانه دفع بالشهادة عن نفسه ضررا وهو حق المطالبة وان شهد شاهدان من عاقلة القاتل بفسق شهود القتل فان كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لانهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما ضررا وهو الدية وان كانا فقيرين فقد قال الشافعى رضى الله عنه ردت شهادتهما وقال فى موضع آخر اذا كانا من أباعد العصبات بحيث لا يصل لعقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما فمن أصحابنا من نقل جواب احدهما الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما انه تقبل لانهما فى الحال لا يحملان العقل والثانى انه لا تقبل لانه قد يموت القريب قبل الحول ويوسر الفقير فيصيران من العاقلة ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال تقبل شهادة الاباعد ولا تقبل شهادة القريب الفقير لان القريب معدود فى العاقلة واليسار يعتبر عند الحول وربما يصير موسرا عند الحول والبعيد غير معدود فى العاقلة وانما يصير من العاقلة اذا مات الاقرب

﴿فصل﴾ ولا تقبل شهادة الوالدين للاولاد وان سفلوا ولا شهادة الاولاد للوالدين وان علوا وقال المزنى رحمه الله وأبو ثور تقبل ووجهه قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فعم ولم يخص ولانهم كغيرهم فى العدالة فكانوا كغيرهم فى الشهادة وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة والظنين المتهم وهذا متهم لانه يميل اليه ميل الطبع ولان الولد بضعة من الوالد ولهذا قال عليه السلام يا عائشة ان فاطمة بضعة منى يريبنى ما يريبها ولان نفسه كنفسه وماله كماله ولهذا قال عليه السلام لابى معشر الدارمى أنت ومالك لابيك وقال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ولهذا يعتق عليه اذا

احنة) الظنين المتهم ومنه قوله تعالى وما هو على الغيب بظنين أى بمتهم فى قراءة من قرأ بالظاء والظنة التهمة قال ابن سيرين لم يكن على يظن فى قتل عثمان أى يتهم وأما من قرأ بالضاد فانه أراد ببخيل (قوله ذى احنة) يقال فى صدره على احنة أى حقد ولا تقل حنة والجمع احن وقد احنت عليه بالكسر قال

اذا كان فى صدر ابن عمك احنة
فلا تستثرها سوف يبدو دفينها

(قوله الطبع) هو السجية بما جبل عليه الانسان من أصل الخلقة والطبيعة مثله والجمع الطباع (قوله صلى الله عليه وسلم فاطمة بضعة منى يريبنى ما رابها) البضعة بفتح الباء هى القطعة من اللحم هذه وحدها بالفتح واخواتها بالكسر كالغدة والقدرة والخرقة والكسفة (قوله يريبنى ما رابها) أى يدخل على الشك كما دخل عليها الشك والتهمة يقال رابنى فلان اذا رأيت منه ما يريبك وتكرهه والريبة الشك قال الهروى يقال أرابنى الشئ أى يشككنى وأوهمنى الريبة واذا استيقنته قلت رابنى بغير همزة وقال الفراء راب وأراب بمعنى واحد والضرة قد ذكرت وهى احدى الزوجتين سميت بذلك لادخال الضرر عليها

ملكه ويستحق عليه النفقة اذا احتاج والآية نخصها بما ذكرناه والاستدلال بانهم كغيرهم فى العدالة يبطل بنفسه فانه كغيره فى العدالة ثم لا تقبل شهادته لنفسه وتقبل شهادة أحدهما على الآخر فى جميع الحقوق ومن أصحابنا من قال لا تقبل شهادة الولد على الوالد فى ايجاب القصاص وحد القذف لانه لا يلزمه القصاص بقتله ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك بقوله والمذهب الاول لانه انما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة فى شهادته عليه ومن عدا الوالدين والاولاد من الاقارب كالاخ والعم وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لانه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر فى العتق ولا ماله كماله فى النفقة وان شهد شاهدان على رجل أنه قذف ضرة أمهما ففيه قولان قال فى القديم لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا لانه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج أن يلاعن وتقع الفرقة بينه وبين ضرة أمهما وقال فى الجديد تقبل وهو الصحيح لان حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة وان شهدا أنه طلق ضرة أمهما ففيه قولان أحدهما أنه تقبل والثانى أنه لا تقبل وتعليلهما ما ذكرناه

﴿فصل﴾ وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لان النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العم ولا تقبل شهادة الزوج على الزوجة فى الزنا لانه شهادته دعوى خيانة فى حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة فى الوديعة ولانه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل كما لو شهد عليها انها جنت عليه

﴿فصل﴾ ولا تقبل شهادة لعدو على عدوه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة وذو الاحنة هو العدو ولانه متهم فى شهادته بسبب منهى عنه فلم تقبل شهادته

﴿فصل﴾ ومن جمع فى الشهادة بين أمرين فردت شهادته فى أحدهما نظرت فان ردت للعداوة بينه وبين المشهود عليه مثل أن يشهد على رجل انه قذفه وأجنبيا ردت شهادته فى حقه وفى حق الاجنبى لان هذه الشهادة تضمنت الاخبار عن عداوة بينهما وشهادة العدو على عدوه لا تقبل فان ردت شهادته فى أحدهما لتهمة غير العداوة بأن شهد على رجل أنه اقترض من أبيه ومن أجنبى مالا ردت شهادته فى حق أبيه وهل ترد فى حق الاجنبى فيه قولان أحدهما انها ترد كما لو شهد انه قذفه وأجنبيا والثانى انها لا ترد لانها ردت فى حق أبيه للتهمة ولا تهمة فى حق الاجنبى فقبلت

﴿فصل﴾ ومن ردت شهادته بمعصية فتاب قبلت شهادته لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا والتوبة توبتان توبة فى الباطن وتوبة فى الظاهر فأما التوبة فى الباطن فهى ما بينه وبين الله عز وجل فينظر فى المعصية فان لم يتعلق بها مظلمة لآدمى ولا حد لله تعالى كالاستمتاع بالاجنبية فيما دون الفرج فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم على أن لا يعود الى مثلها والدليل عليه قوله تعالى والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب الا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم وجنات تجرى من تحتها الانهار خالدين فيها ونعم أجر العاملين وان تعلق بها حق آدمى فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم على أن لا يعود الى مثلها وان يبرأ من حق الآدمى اما أن يؤديه أو يسأله حتى يبرئه منه لما روى ابراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رأى رجلا يصلى مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل والله لئن كنت أحسنت فقد ظلمتنى وان كنت أسأت فما علمتنى فقال عمر اقتص قال لا أقتص قال فاعف قال لا أعفو فافترقا على ذلك ثم لقيه عمر من الغد فتغير لون عمر فقال له الرجل يا أمير المؤمنين أرى ما كان منى قد أسرع فيك قال أجل قال فاشهد انى قد عفوت عنك

وان

(قوله فالتوبة أن يقلع عنها ويندم) وقد ذكرنا التوبة وأصلها الرجوع والاقلاع عن الامر الكف عنه يقال قلع فلان عما كان عليه اذا تركه فكف عنه (قوله ولم يصروا) لم يقيموا والاصرار الاقامة على الذنب وترك التوبة منه (قوله أجل) بمعنى نعم وقد ذكرت

وان لم يقدر على صاحب الحق نوى أنه ان قدر أوفاه حقه وان تعلق بالمعصية حد لله تعالى كحد الزنا والشرب فان لم يظهر ذلك فالاولى أن يستره على نفسه لقوله عليه السلام من أتى من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله تعالى فان من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله وان أظهره لم يأثم لان ماعزا والغامدية اعترفا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا فرجمهما ولم ينكر عليهما وأما التوبة فى الظاهر وهى التى تعود بها العدالة والولاية وقبول الشهادة فينظر فى المعصية فان كانت فعلا كالزنا والسرقة لم يحكم بصحة التوبة حتى يصلح عمله مدة لقوله تعالى الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا وقدر أصحابنا المدة بسنة لانه لا تظهر صحة التوبة فى مدة قريبة فكانت أولى المدد بالتقدير سنة لانه تمر فيها الفصول الاربعة التى تهيج فيها الطبائع وتتغير فيها الاحوال وان كانت المعصية بالقول فان كانت ردة فالتوبة منها أن تظهر الشهادتين وان كانت قذفا فقد قال الشافعى رحمه الله التوبة منه اكذابه نفسه واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله هو أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ووجهه ما روى عن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال توبة القاذف اكذابه نفسه وقال أبو اسحق وأبو على بن أبى هريرة هو أن يقول قذفى له كان باطلا ولا يقول انى كنت كاذبا لجواز أن يكون صادقا فيصير بتكذيبه نفسه عاصيا كما كان بقذفه عاصيا ولا تصح التوبة منه الا باصلاح العمل على ما ذكرناه فى الزنا والسرقة فأما اذا شهد عليه بالزنا ولم يتم العدد فان قلنا انه لا يجب عليه الحد فهو على عدالته ولا يحتاج الى التوبة وان قلنا انه يجب عليه الحد وجبت التوبة وهو أن يقول ندمت على ما فعلت ولا أعود الى ما اتهم به فاذا قال هذا عادت عدالته ولا يشترط فيه اصلاح العمل لان عمر رضى الله عنه قال لابى بكرة تب أقبل شهادتك وان لم يتب لم تقبل شهادته ويقبل خبره لان أبا بكرة ردت شهادته وقبلت أخباره وان كانت معصية بشهادة زور فالتوبة منها أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ويشترط فى صحة توبته اصلاح العمل على ما ذكرناه

﴿فصل﴾ وان شهد صبى أو عبد أو كافر لم تقبل شهادته فان بلغ الصبى أو أعتق العبد أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت وان شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لم تقبل وقال المزنى وأبو ثور رحمهما الله تقبل كما تقبل من الصبى اذا بلغ والعبد اذا أعتق والكافر اذا أسلم وهذا خطأ لان هؤلاء لا عار عليهم فى رد شهادتهم فلا يلحقهم تهمة فى اعادة الشهادة بعد الكمال والفاسق عليه عار فى رد شهادته فلا يؤمن أن يظهر التوبة لازالة العار فلا تنفك شهادته من التهمة وان شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال الكتابة وعتق وأعاد المولى الشهادة له بالمال فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما أنه تقبل لان شهادته لم ترد بمعرة وانما ردت لانه يثبت لنفسه حقا بشهادته وقد زال هذا المعنى بالعتق والثانى أنها لا تقبل وهو الصحيح لانه ردت شهادته للتهمة فلم تقبل اذا أعادها كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة وان شهد رجل على رجل أنه قذفه وزوجته فردت شهادته ثم عفا عن قذفه وحسنت الحال بينهما ثم أعاد الشهادة للزوجة لم تقبل شهادته لانها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل وان زالت التهمة كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة وان شهد لرجل اخوان له بجراحة لم تندمل وهما وارثان له فردت شهادتهما ثم اندملت الجراحة فأعادا الشهادة ففيه وجهان أحدهما أنه تقبل لانها ردت للتهمة وقد زالت تهمته وهو قول أبى اسحق وظاهر المذهب أنها لا تقبل لانها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد

﴿باب عدد الشهود﴾

(قوله من أتى من هذه القاذورات شيأ) هى جمع قاذورة وهى الفعل القبيح واللفظ السيئ وقذرت الشئ وتقذرته أى عفته وكرهته (قوله من أبدى لنا صفحته) الصفحة جانب العنق ومعناه من أظهر لنا أمره أى أقر به أقمنا عليه الحد (قوله تهيج فيها الطبائع) أى تثور يقال هاج الشئ يهيج هيجا وهيجانا أى ثار والطبائع جمع طبيعة وقد ذكر (لم يرد المعرة) أى العيب وعاره لحقه والمعرة أيضا الاثم قال الله تعالى فتصيبكم منهم معرة أى اثم

﴿ومن باب عدد الشهود وما بعده﴾

لايقبل فى الشهادة على الزنا أقل من أربعة أنفس ذكور لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا الآية وروى أن سعد بن عبادة قال يارسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم وشهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد وقال زياد رأيت أستا تنبو ونفسا يعلو ورجلان كأنهما أذنا حمار لا أدرى ما وراء ذلك فجلد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يجلد المغيرة ولا يقبل فى اللواط الا أربعة لانه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة فأما اتيان البهيمة فان قلنا انه يجب فيه الحد فهو كالزنا فى الشهادة لانه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة وان قلنا انه يجب فيه التعزير ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن خيران واختيار المزنى رحمه الله انه يثبت بشاهدين لانه لا يلحق بالزنا فى الحد فلم يلحق به فى الشهادة والثانى وهو الصحيح انه لا يثبت الا بأربعة لانه فرج حيوان يجب بالايلاج فيه العقوبة فاعتبر فى الشهادة عليه أربعة كالزنا ونقصانه عن الزنا فى العقوبة لا يوجب نقصانه عنه فى الشهادة كزنا الامة ينقص عن زنا الحرة فى الحد ولا ينقص عنه فى الشهادة واختلف قوله فى الاقرار بالزنا فقال فى أحد القولين يثبت بشاهدين لانه اقرار فثبت بشاهدين كالاقرار فى غيره والثانى انه لا يثبت الا بأربعة لانه سبب يثبت به فعل الزنا فاعتبر فيه أربعة كالشهادة على القتل وان كان المقر أعجميا ففى الترجمة وجهان أحدهما انه يثبت باثنين كالترجمة فى غيره والثانى انه كالاقرار فيكون على قولين كالاقرار

(فصل) وان شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان أحدهما انهم قذفة ويحدون وهو أشهر القولين لان عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة وروى ابن الوصى أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا وقال الرابع رأيتهما فى ثوب واحد فان كان هذا زنا فهو ذلك فجلد على بن أبى طالب رضى الله عنه الثلاثة وعزر الرجل والمرأة ولانا لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة طريقا الى القذف والقول الثانى انهم لا يحدون لان الشهادة على الزنا أمر جائز فلا يوجب الحد كسائر الجائزات ولان ايجاب الحد عليهم يؤدى الى أن لا يشهد أحد بالزنا خوفا من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون فتبطل الشهادة على الزنا وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدهم الزوج ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق وظاهر النص انه يحد الزوج قولا واحدا لانه لا تجوز شهادته عليها بالزنا فجعل قاذفا وفى الثلاثة قولان والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة ان الزوج كالثلاثة لانه أتى بلفظ الشهادة فيكون على القولين

(فصل) فان شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم فان كان بسبب ظاهر بأن كان عبدا أو كافرا أو متظاهرا بالفسق كان كما لو لم يتم العدد لان وجوده كعدمه وان كان بسبب خفى كالفسق الباطن ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم ما لو نقص العدد لان عدم العدالة كعدم العدد والثانى انهم لا يحدون قولا واحدا لانه اذا كان الرد بسبب فى الباطن لم يكن من جهتهم تفريط فى الشهادة لانهم معذورون فلم يحدوا واذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد وان شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لانه اعترف بالقذف ومن أصحابنا من قال فى حده قولان لانه أضاف الزنا اليه بلفظ الشهادة وليس بشئ وأما الثلاثة فالمنصوص انه لا حد عليهم قولا واحدا لانه ليس من جهتهم تفريط لانهم شهدوا والعدد تام ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه ومن أصحابنا من قال فى حدهم قولان وهو ضعيف فان رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد ومن أصحابنا من قال فيه قولان وليس بشئ وان شهد أربعة على امرأة بالزنا

(قوله رأيت استا تنبو) الاست العجز وقد يراد به حلقة الدبر وأصلها سته على وزن فعل بالتحريك يدل على ذلك ان جمعه أستاه مثل جمل وأجمال ولا يجوز أن يكون مثل جذع وقفل اللذين يجمعان أيضا على أفعال لانك اذا زدت الهاء التى هى لام الفعل وحذفت العين قلت سه بالفتح قال الشاعر

شأنك قعين غثها وسمينها
وأنت السه السفلى اذا ذكرت نصر

تقول أنت فيهم بمنزلة الاست من الناس (قوله تنبو) أى ترتفع أراد ههنا العجز دون حلقة الدبر

وشهد أربع نسوة أنها بكر لم يجب عليها الحد لانه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ويحتمل أن تكون عائدة لان البكارة تعود اذا لم يبالغ فى الجماع فلا يجب الحد مع الاحتمال ولا يجب الحد على الشهود لانا اذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون

﴿فصل﴾ ويثبت المال وما يقصد به المال كالبيع والاجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فنص على ذلك فى السلم وقسنا عليه المال وكل ما يقصد به المال

﴿فصل﴾ وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية اليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل فى الرجعة وأشهدوا ذوى عدل منكم ولما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل وعن الزهرى انه قال جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء فى الحدود فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها كل ما لا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال وان اتفق الزوجان على النكاح واختلفا فى الصداق ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين لانه اثبات مال وان ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت الا بشهادة رجلين وان ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان بينة المرأة لاثبات الطلاق وبينة الرجل لاثبات المال وان شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع وان شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية والفرق بين القتل والسرقة ان قتل العمد فى أحد القولين يوجب القصاص والدية بدل عنه تجب بالعفو عن القصاص واذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله وفى القول الثانى يوجب أحد البدلين لا بعينه وانما يتعين بالاختيار فلو أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا معينا وهذا خلاف موجب القتل وليس كذلك السرقة فانها توجب القطع والمال على سبيل الجمع وليس أحدهما بدلا عن الآخر فجاز أن يوجب أحدهما دون الآخر

﴿فصل﴾ ولا يقبل فى موضحة العمد الا شاهدان ذكران لانها جناية توجب القصاص وفى الهاشمة والمنقلة قولان أحدهما انه لا يثبت الا بشاهدين ذكرين لانها جناية تتضمن القصاص والثانى انها تثبت بالشاهد والمرأتين لأن الهاشمة والمنقلة لا قصاص فيهما وانما القصاص فى ضمنهما فثبت بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يجب ارش الهاشمة والمنقلة ولا يثبت القصاص فى الموضحة وان اختلف السيد والمكاتب فى قدر المال أو صفته أو أدائه قضى فيه بالشاهد والمرأتين لان الشهادة على المال وان أفضى الى العتق الذى لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء وان أفضى الى النسب الذى لا يثبت بشهادتهن

﴿فصل﴾ وان كان فى يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها منه وأقام على ذلك شاهدا وامرأتين قضى له بالجارية لانها مملوكة فقضى فيها بشاهد وامرأتين واذا مات عتقت باقراره وهل يثبت نسب الولد وحريته فيه قولان أحدهما انه لا يثبت لان النسب والحرية لا تثبت بشاهد وامرأتين فيكون الولد باقيا على ملك المدعى عليه والقول الثانى انه يثبت لأن الولد نماء الجارية وقد حكم بالجارية فحكم له بالولد فعلى هذا يحكم بنسب الولد وحريته لانه أقر بذلك وان ادعى رجل أن العبد الذى فى يد فلان كان له وانه أعتقه وشهد له شاهد وامرأتان فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان أحدهما انه لا يحكم بهذه البينة لانها شهادة بملك متقدم فلم يحكم به كما لو ادعى على رجل

(قوله وانما القصاص فى ضمنه) أى فيما يشتمل عليه من قولهم فهمت ما تضمنه كتابك أى ما اشتمل عليه وكان فى ضمنه وأنفذته ضمن كتابى أى فى طيه

عبدا وشهد له شاهد وامرأتان أنه كان له والثانى أنه يحكم بها لانه ادعى ملكا متقدما وشهدت له البينة فيما ادعاه ومن أصحابنا من قال يحكم بها قولا واحدا والفرق بينه وبين المسئلة قبلها ان هناك لا يدعى ملك الولد وهو يقر أنه حر الاصل فلم يحكم ببينته فى احد القولين وههنا ادعى ملك العبد وانه أعتقه فحكم ببينته

﴿فصل﴾ ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التى تحت الثياب شهادة النساء منفردات لان الرجال لا يطلعون عليها فى العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التجاحد ولا يثبت شئ من ذلك الا بعدد لانها شهادة فاعتبر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لان أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل والدليل عليه قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فأقام المرأتين مقام الرجل وروى عبد الله بن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب على ذى لب منكن قالت امرأة يا رسول الله ما ناقصات العقل والدين قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل فهذا نقصان العقل وأما نقصان الدين فان احداكن تمكث الليالى لا تصلى وتفطر فى شهر رمضان فهذا من نقصان الدين فقبل فيها شهادة الرجلين وشهادة الرجل والمرأتين لانه اذا أجيز شهادة النساء منفردات لتعذر الرجال فلان تقبل شهادة الرجال والرجال والنساء أولى وتقبل فى الرضاع شهادة المرضعة لما روى عقبة ابن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجئت الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال كيف وقد زعمت انها أرضعتكما فنهاه عنها ولانها لا تجر بهذه الشهادة نفعا الى نفسها ولا تدفع عنها ضررا ولا تقبل شهادة المرأة على ولادتها لانها تثبت لنفسها بذلك حقا وهو النفقة وتقبل شهادة النساء منفردات على استهلال الولد وانه بقى متألما الى أن مات وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر انه لا يقبل الا شهادة رجلين والصحيح هو الاول لان الغالب انه لا يحضرها الرجال

﴿فصل﴾ وما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين لما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد قال عمرو وذلك فى الاموال واختلف أصحابنا فى الوقف فقال أبو اسحق وعامة أصحابنا يبنى على القولين فان قلنا ان الملك للموقوف عليه قضى فيه بالشاهد واليمين لانه نقل ملك فقضى فيه بالشاهد واليمين كالبيع وان قلنا انه ينتقل الى الله عز وجل لم يقض فيه بالشاهد واليمين لانه ازالة ملك الى غير الآدمى فلم يقض فيه بالشاهد واليمين كالعتق وقال أبو العباس رحمه الله يقضى فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعا لان القصد بالوقف تمليك المنفعة فقضى فيه بالشاهد واليمين كالاجارة

﴿باب تحمل الشهادة وأدائها﴾

لا يجوز تحمل الشهادة وأداؤها الا عن علم والدليل عليه قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤلا وقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فأمر الله تعالى أن يشهد عن علم وقوله عز وجل ستكتب شهادتهم ويسألون وهذا الوعيد يوجب التحفظ فى الشهادة وأن لا يشهد الا عن علم وروى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال فعلى مثلها فاشهد أو دع وان كانت الشهادة على فعل كالجناية والغصب والزنا والسرقة والرضاع والولادة وغيرها مما يدرك بالعين لم تجز الشهادة به الا عن مشاهدة لانها لا تعلم الا بها وان كانت الشهادة على عورة ووقع بصره عليها من غير قصد جاز أن يشهد

(قوله أغلب لذى لب منكن) اللب العقل والجمع الالباب قال الله تعالى ان فى ذلك لذكرى لاولى الالباب أى لذوى العقول (قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم) أى لا تتبعه فتقول فيه بغير علم يقال قفوته أقفوه وقفته أقوفه اذا تبعت أثره ومنه سميت القافة لتتبعهم الآثار وأصله من القفا

بما شاهد وان أراد أن يقصد النظر ليشهد فالمنصوص أنه يجوز وهو قول أبى اسحق المروزى لان أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر رضى الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره نظرهم وقال أبو سعيد الاصطخرى لا يجوز أن يقصد النظر لانه فى الزنا مندوب الى الستر وفى الولادة والرضاع تقبل شهادة النساء فلا حاجة بالرجال الى النظر للشهادة ومن أصحابنا من قال يجوز فى الزنا دون غيره لان الزانى هتك حرمة الله تعالى بالزنا فجاز أن تهتك حرمته بالنظر الى عورته وفى غير الزنا لم يوجد من المشهود عليه هتك حرمة فلم يجز هتك حرمته ومنهم من قال يجوز فى غير الزنا ولا يجوز فى الزنا لان حد الزنا بنى على الدرء والاسقاط فلا يجوز أن يتوصل الى اثباته بالنظر وغيره لم يبن على الدرء والاسقاط فجاز أن يتوصل الى اثباته بالنظر

﴿فصل﴾ وان كانت الشهادة على قول كالبيع والنكاح والطلاق والاقرار لم يجز التحمل فيها الا بسماع القول ومشاهدة القائل لانه لا يحصل العلم بذلك الا بالسماع والمشاهدة وان كانت الشهادة على ما لا يعلم الا بالخبر وهو ثلاثة النسب والملك والموت جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة فان استفاض فى الناس أن فلانا ابن فلان أو ان فلانا هاشمى أو أموى جاز أن يشهد به لان سبب النسب لا يدرك بالمشاهدة وان استفاض فى الناس أن هذه الدار وهذا العبد لفلان جاز أن يشهد به لان أسباب الملك لا تضبط فجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة وان استفاض أن فلانا مات جاز أن يشهد به لان أسباب الموت كثيرة منها خفية ومنها ظاهرة ويتعذر الوقوف عليها وفى عدد الاستفاضة وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ان أقله أن يسمع من اثنين عدلين لان ذلك بينة والثانى وهو قول أقضى القضاة أبى الحسن الماوردى رحمه الله أنه لا يثبت الا بعدد يقع العلم بخبرهم لان ما دون ذلك من أخبار الآحاد فلا يقع العلم من جهتهم فان سمع انسانا يقر بنسب أب أو ابن فان صدقه المقر له جاز له أن يشهد به لانه شهادة على اقرار وان كذبه لم يجز أن يشهد به لانه لم يثبت النسب وان سكت فله أن يشهد به لان السكوت فى النسب رضى بدليل أنه اذا بشر بولد فسكت عن نفيه لحقه نسبه ومن أصحابنا من قال لا يشهد حتى يتكرر الاقرار به مع السكوت وان رأى شيأ فى يد انسان مدة يسيرة جاز أن يشهد له باليد ولا يشهد له بالملك وان رآه فى يده مدة طويلة يتصرف فيه جاز أن يشهد له باليد وهل يجوز أن يشهد له بالملك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله أنه يجوز لان اليد والتصرف يدلان على الملك والثانى وهو قول أبى اسحق رحمه الله انه لا يجوز أن يشهد له بالملك لانه قد تكون اليد والتصرف عن ملك وقد تكون عن اجارة أو وكالة أو غصب فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال واختلف أصحابنا فى النكاح والعتق والوقف والولاء فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة لانه يعرف بالاستفاضة أن عائشة رضى الله عنها زوجة النبى صلى الله عليه وسلم وأن نافعا مولى ابن عمر رضى الله عنه كما يعرف أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو اسحق رحمه الله لا يجوز لانه عقد فلا يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة كالبيع

﴿فصل﴾ ويجوز أن يكون الاعمى شاهدا فيما يثبت بالاستفاضة لان طريق العلم به السماع والاعمى كالبصير فى السماع ويجوز أن يكون شاهدا فى الترجمة لانه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم وسماعه كسماع البصير ولا يجوز أن يكون شاهدا على الافعال كالقتل والغصب والزنا لان طريق العلم بها البصر ولا يجوز أن يكون شاهدا على الاقوال كالبيع والاقرار والنكاح والطلاق اذا كان المشهود عليه خارجا عن يده وحكى عن المزنى رحمه الله انه قال يجوز أن يكون شاهدا فيها اذا عرف الصوت ووجهه انه اذا جاز أن يروى الحديث اذا عرف المحدث بالصوت وان يستمتع بالزوجة اذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد

(قوله لان الزانى هتك حرمة الله) هتك خرق وأصله خرق الستر وقد ذكروا الحرمة ما يحرم انتهاكه (قوله شهد بالافاضة) هى مأخوذة من فاض يفيض اذا شاع وهو حديث مستفيض أى منتشر فى الناس (قوله اخبار الآحاد) الآحاد ما انحط عن حد التواتر والتواتر غير محصور على الصحيح من الاقوال (قوله فى الاعمى وضبطه) أى حضره فى الحكم أى أمسكه وضبط الشئ اذا حفظه بالحزم

عرف المشهود عليه بالصوت وهذا خطأ لان من شرط الشهادة العلم و بالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لان الصوت يشبه الصوت ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لان ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد وأما اذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر و يد الاعمى على رأس الرجل فضبطه الى ان حضر عند الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت شهادته لانه شهد عن علم وان تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم عمي نظرت فان كان لا يعرف المشهود عليه الا بالعين وهو خارج عن يده لم تقبل شهادته عليه لانه لا علم له بمن يشهد عليه وان تحمل الشهادة و يده في يده وهو بصير ثم عمي ولم تفارق يده يده حتى حضر الى الحاكم وشهد عليه قبلت شهادته لانه يشهد عليه عن علم وان تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم عمي قبلت شهادته لانه يشهد على من يعلمه

﴿فصل﴾ ومن شهد بالنكاح ذكر شروطه لان الناس يختلفون في شروطه فوجب ذكرها في الشهادة وان رهن رجل عبدا عند رجل بالف ثم زاده ألفا آخر وجعل العين رهنا بهما وأشهد الشهود على نفسه ان العين رهن بألفين وعلم الشهود حال الرهن في الباطن فان كانوا يعتقدون انه لا يجوز الحاق الزيادة بالدين في الرهن لم يجز أن يشهدوا الا بما جرى الامر عليه في الباطن وان كانوا يعتقدون انه يجوز الحاق الزيادة بالدين في الرهن ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يشهدوا بان العين رهن بألفين لانهم يعتقدون انهم صادقون في ذلك والثاني انه لا يجوز أن يشهدوا الا بذكر ما جرى الامر عليه في الباطن لان الاعتبار في الحكم باجتهاد الحاكم دون الشهود

﴿فصل﴾ ومن شهد بالرضاع وصف الرضاع وانه ارتضع الصبي من ثديها أو من لبن حلب منها خمس رضعات متفرقات في حولين لاختلاف الناس في شروط الرضاع فان شهد انه ابنها من الرضاع لم تقبل لان الناس يختلفون فيما يصير به ابنا من الرضاع وان رأى امرأة أخذت صبيا تحت ثيابها وأرضعته لم يجز أن يشهد بالرضاع لانه يجوز أن يكون قد أعدت شيأ فيه لبن من غيرها على هيئة الثدي فرأى الصبي يمص فظنه ثديا

﴿فصل﴾ ومن شهد بالجناية ذكر صفتها فان قال ضربه بالسيف فمات أو قال ضربه بالسيف فوجدته ميتا لم يثبت القتل بشهادته لجواز أن يكون مات من غير ضربه وان قال ضربه بالسيف فمات منه أو ضربه فقتله ثبت القتل بشهادته وان قال ضربه بالسيف فأنهر دمه فمات مكانه ثبت القتل بشهادته على المنصوص لانه اذا أنهر دمه فمات علم انه مات من ضربه فان قال ضربه فاتضح أو قال ضربه بالسيف فوجدته موضحا لم تثبت الموضحة بشهادته لما ذكرناه في النفس وان قال ضربه فاوضحه ثبتت الموضحة بشهادته لانه أضاف الموضحة اليه وان قال ضربه فسال دمه لم تثبت الدامية بالشهادة لجواز أن يكون سيلان الدم من غير الضرب وان قال ضربه فأسال دمه ومات قبلت شهادته في الدامية لانه أضافها اليه ولا تقبل في الموت لانه يحتمل أن يكون الموت من غيره وان قال ضربه بالسيف فاوضحه فوجدت في رأسه موضحتين لم يجز القصاص لانا لا نعلم على أي الموضحتين شهد و يجب أرش موضحة لان الجهل بعينها ليس بجهل لانه قد أوضحه

﴿فصل﴾ ومن شهد بالزنا ذكر الزاني ومن زنى به لانه قد يراه على بهيمة فيعتقد ان ذلك زنا والحاكم لا يعتقد ان ذلك زنا أو يراه على زوجته أو جارية ابنه فيظن انه زنى و يذكر صفة الزنا فان لم يذكر أنه أولج أو رأى ذكره في فرجها لم يحكم به لان زيادا لما شهد على المغيرة عند عمر رضي الله عنه ولم يذكر ذلك لم يقم الحد على المغيرة فان لم يذكر الشهود ذلك سألهم الامام عنه فان شهد ثلاثة بالزنا ووصفوا الزنا وشهد الرابع ولم يذكر الزنا يجب الحد على المشهود عليه لان البينة لم تكمل ولم يحد الرابع عليه لانه لم يشهد بالزنا

(قوله أنهر دمه) أي أساله وكل شيء جرى فقد نهر

وهل يجب الحد على الثلاثة فيه قولان وان شهد أربعة بالزنا وفسر ثلاثة منهم الزنا وفسر الرابع بما ليس بزنا لم يحد المشهود عليه لانه لم تكمل البينة ويجب الحد على الرابع قولا واحدا لانه قذفه بالزنا ثم ذكر ما ليس بزنا وهل يحد الثلاثة على القولين فان شهد أربعة بالزنا ومات واحد منهم قبل أن يفسر وفسر الباقون بالزنا لم يجب الحد على المشهود عليه لجواز أن يكون ما شهد به الرابع ليس بزنا ولا يجب على الشهود الباقين الحد لجواز أن يكون ما شهد به الرابع زنا فلا يجب الحد مع الاحتمال

﴿فصل﴾ ومن شهد بالسرقة ذكر السارق والمسروق منه والحرز والنصاب وصفة السرقة لان الحكم يختلف باختلافها فوجب ذكرها ومن شهد بالردة بين ما سمع منه لاختلاف الناس فيما يصير به مرتدا فلم يجز الحكم قبل البيان كما لا يحكم بالشهادة على جرح الشهود قبل بيان الجرح وهل يجوز للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في الشهادة في حدود الله تعالى فيه وجهان أحدهما انه لا يجوز لان فيه قدحا في الشهود والثاني انه يجوز لان عمر رضي الله عنه عرض لزياد في شهادته على المغيرة فروى انه قال أرجو أن لا يفضح الله تعالى على يديك أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يجوز أن يعرض للمقر بالتوقف فجاز أن يعرض للشاهد

﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾

وتجوز الشهادة على الشهادة في حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى لان الحاجة تدعو الى ذلك عند تعذر شهادة الاصل بالموت والمرض والغيبة وفي حدود الله تعالى وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر قولان أحدهما انه يجوز لانه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين والثاني انه لا يجوز لان الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقة ليتوصل بها الى اثبات الحق وحدود الله تعالى مبنية على الدرء والاسقاط فلم يجز تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة وما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضي الى القاضي وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضي الى القاضي لان الكتاب لا يثبت الا بتحمل الشهادة من جهة القاضي الكاتب فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة

﴿فصل﴾ ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة الا عند تعذر حضور شهود الاصل بالموت أو المرض أو الغيبة لان شهادة الاصل أقوى لانها تثبت نفس الحق والشهادة على الشهادة لا تثبت نفس الحق فلم تقبل مع القدرة على شهود الاصل والغيبة التي يجوز بها الحكم بالشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الاصل من موضع الحكم على مسافة اذا حضر لم يقدر أن يرجع بالليل الى منزله فانه تلحقه المشقة في ذلك وأما اذا كان في موضع اذا حضر أمكنه أن يرجع الى بيته بالليل لم يجز الحكم بشهادة شهود الفرع لانه يقدر على شهادة شهود الاصل من غير مشقة

﴿فصل﴾ ولا يقبل في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي شهادة النساء لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو مما يطلع عليه الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالنكاح

﴿فصل﴾ ولا يقبل الا من عدد لانه شهادة فاعتبر فيها العدد كسائر الشهادات وان كان شهود الاصل اثنين فشهد على أحدهما شاهدان وعلى الآخر شاهدان جاز لانه يثبت قول كل واحد منهما بشاهدين وان شهد واحد على شهادة أحدهما وشهد الآخر على شهادة الثاني لم يجز لانه اثبات قول بشهادة واحد فان شهد اثنان على شهادة أحدهما ثم شهدا على شهادة الآخر ففيه قولان أحدهما انه يجوز لانه اثبت قول اثنين فجاز بشاهدين كالشهادة على اقرار نفسين والثاني انه لا يجوز وهو اختيار المزني رحمه الله تعالى لانهما قاما في التحمل مقام شاهد واحد في حق واحد فاذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صار

(قوله أن يعرض له الحاكم) التعريض التورية بالشئ عن الشئ وقد ذكر

كالشاهد اذا شهد بالحق مرتين واذا كان شهود الاصل رجلا وامرأتين قبل فى أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم ولا يقبل فى الآخر الا ستة يشهد كل اثنين على شهادة واحد منهم وان كان شهود الاصل أربع نسوة وهو فى الولادة والرضاع قبل فى أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهن ولا يقبل فى الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحدة منهن وان كان شهود الاصل اربعة من الرجال وهو فى الزنا وقلنا انه تقبل الشهادة على الشهادة فى الحدود فان قلنا يقبل شاهدان على شاهدى الاصل فى غير الزنا ففى حد الزنا قولان أحدهما انه يكفى شاهدان فى اثبات شهادة الاربعة كما يكفى شاهدان فى اثبات شهادة اثنين والثانى انه يحتاج الى أربعة لان فيما يثبت باثنين تحتاج شهادة كل واحد منهما الى العدد الذى يثبت به أصل الحق وهو اثنان وأصل الحق ههنا لا يثبت الا باربعة فلم تثبت شهادتهم الا باربعة فان قلنا انه لا يقبل فيما يثبت بشاهدين الا أربعة ففى حد الزنا قولان أحدهما انه يحتاج الى ثمانية ليثبت بشهادة كل شاهدين شهادة واحد والثانى انه يحتاج الى ستة عشر لان ما يثبت بشاهدين لا يثبت كل شاهد الا بما يثبت به أصل الحق وأصل الحق لا يثبت الا بأربعة فلا تثبت شهادة كل واحد منهم الا بأربعة فيصير الجميع ستة عشر

(فصل) ولا تقبل الشهادة على الشهادة حتى يسمى شاهد الفرع شاهد الاصل بما يعرف به لان عدالته شرط فاذا لم تعرف لم تعلم عدالته فان سماهم شهود الفرع وعدلوهم حكم بشهادتهم لانهم غير متهمين فى تعديلهم وان قالوا نشهد على شهادة عدلين ولم يسموا لم يحكم بشهادتهم لانه يجوز أن يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم

(فصل) ولا يصح تحمل الشهادة على الشهادة الا من ثلاثة أوجه أحدها أن يسمع رجلا يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا مضافا الى سبب يوجب المال من ثمن مبيع أو مهر لانه لا يحتمل مع ذكر السبب الا الوجوب والثانى ان يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لانه لا يشهد عند الحاكم الا بما يلزم الحكم به والثالث أن يسترعيه رجل بأن يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتى بذلك لانه لا يسترعيه الا على واجب لان الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون الا على واجب وأما اذا سمع رجلا فى دكانه أو طريق وهو يقول أشهد ان لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل فاشهد على شهادتى لم يحكم به لانه يحتمل انه أراد ان له عليه ألفا من وعد وعده بها فلم يجز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال وان سمع رجلا يقول لفلان على ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحاق انه لا يجوز أن يشهد عليه كما لا يجوز أن يتحمل الشهادة عليه والثانى وهو المنصوص انه يجوز أن يشهد عليه والفرق بينه وبين التحمل ان المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استرعاء والشاهد يوجب حقا على غيره فاعتبر فيه الاسترعاء ولان الشهادة آكد لانه يعتبر فيها العدالة ولا يعتبر ذلك فى الاقرار

(فصل) واذا أراد شاهد الفرع أن يؤدى الشهادة أداها على الصفة التى تحملها فان سمعه يشهد بحق مضاف الى سبب يوجب الحق ذكره وان سمعه يشهد عند الحاكم ذكره وان أشهده شاهد الاصل على شهادته واسترعاه قال أشهد ان فلانا يشهد ان لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته

(فصل) وان رجع شهود الاصل قبل الحكم بشهادة الفرع بطلت شهادة الفرع لانه بطل الاصل فبطل الفرع وان شهد شهود الفرع ثم حضر شهود الاصل قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لانه قدر على الاصل فلا يجوز الحكم بالبدل والله أعلم

(باب اختلاف الشهود فى الشهادة)

(قوله شهادة شهود الاصل على شهادة الفرع) مأخوذ من فروع الشجرة وهى أغصانها التى تنمى عن الاصول وفروع كل شئ أعلاه أيضا (قوله ان يسترعيه) الاسترعاء فى الشهادات مأخوذ من قولهم أرعيته سمعى أى أصغيت اليه ومنه قوله راعنا قال الاخفش معناه أرعنا سمعك

اذا ادعى رجل على رجل ألفين وشهد له شاهد أنه أقر له بألف وشهد آخر أنه أقر بالفين ثبت له ألف بشهادتهما لانهما اتفقا على اثباتها وله أن يحلف مع شاهد الالفين ويثبت له الالف الأخرى لانه شهد له بها شاهد وان ادعى ألفا فشهد له شاهد بالف وشهد آخر بالفين ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف مع الذى شهد له بالالف ويقضى له وتسقط شهادة من شهد له بالالفين لانه صار مكذبا له فسقطت شهادته له فى الجميع والثانى أنه يثبت له الالف بشهادتهما ويحلف ويستحق الالف الاخرى ولا يصير مكذبا بالشهادة لانه يجوز أن يكون له حق ويدعى بعضه ويجوز انه لم يعلم ان له من يشهد له بالالفين

﴿فصل﴾ وان شهد شاهد على رجل انه زنى بامرأة فى زاوية من بيت وشهد آخر انه زنى بها فى زاوية ثانية وشهد آخر انه زنى بها فى زاوية ثالثة وشهد آخر انه زنى بها فى زاوية رابعة لم يجب الحد على المشهود عليه لانه لم تكمل البينة على فعل واحد وهل يجب حد القذف على الشهود على القولين وان شهد اثنان انه زنى بها وهى مطاوعة وشهد اثنان انه زنى بها وهى مكرهة لم يجب الحد عليها لانه لم تكمل بينة الحد فى زناها وأما الرجل فالمذهب انه لا يجب عليه الحد وخرج أبو العباس وجها آخر انه يجب عليه الحد لانهم اتفقوا على انه زنى وهذا خطأ لان زناه بها وهى مطاوعة غير زناه بها وهى مكرهة فصار كما لو شهد اثنان انه زنى بها فى زاوية وشهد آخران انه زنى بها فى زاوية أخرى

﴿فصل﴾ وان شهد شاهد انه قذف رجلا بالعربية وشهد آخر انه قذفه بالعجمية أو شهد أحدهما انه قذفه يوم الخميس وشهد آخر انه قذفه يوم الجمعة لم يجب الحد لانه لم تكمل البينة على قذف واحد وان شهد أحدهما انه أقر بالعربية انه قذفه وشهد آخر انه أقر بالعجمية انه قذفه أو شهد أحدهما انه أقر بالقذف يوم الخميس وشهد الآخر انه أقر بالقذف يوم الجمعة وجب الحد لان المقر به واحد وان اختلفت العبارة فيه

﴿فصل﴾ وان شهد شاهد انه سرق من رجل كيسا أبيض غدوة وشهد آخر انه سرق ذلك الكيس بعينه عشية لم يجب الحد لانه لم تكمل بينة الحد على سرقة واحدة وللمسروق منه أن يحلف ويقضى له بالغرم لان الغرم يثبت بشاهد ويمين فان شهد شاهدان انه سرق كيسا أبيض غدوة وشهد آخران انه سرق منه ذلك الكيس بعينه عشية تعارضت البينتان ولم يحكم بواحدة منهما وتخالف المسألة قبلها فان كل واحد من الشاهدين ليس ببينة والتعارض لا يكون فى غير بينة وههنا كل واحد منهما بينة فتعارضتا وسقطتا وان شهد شاهد انه سرق منه كيسا غدوة وشهد آخر انه سرق منه كيسا عشية ولم يعينا الكيس لم يجب الحد لانه لم تكمل بينة الحد وله أن يحلف مع أيهما شاء ويحكم له فان ادعى الكيسين حلف مع كل واحد منهما يمينا وحكم له بهما لانه لا تعارض بينهما وان شهد شاهدان انه سرق كيسا غدوة وشهد آخران انه سرق منه كيسا عشية وجب القطع والغرم فيهما لانه كملت بينة الحد والغرم وان شهد شاهد انه سرق ثوبا وقيمته ثمن دينار وشهد آخر انه سرق ذلك الثوب وقيمته ربع دينار لم يجب القطع لانه لم تكمل بينة الحد ووجب له الثمن لانه اتفق عليه الشاهدان وله أن يحلف على الثمن الآخر ويحكم له لانه انفرد به شاهد فقضى به مع اليمين وان اتلف عليه ثوبا فشهد شاهدان أن قيمته عشرة وشهد آخران أن قيمته عشرون قضى بالعشرة لان البينتين اتفقتا على عشرة وتعارضتا فى الزيادة لان احداهما تثبتها والأخرى تنفيها فسقطت

﴿فصل﴾ وان شهد شاهدان على رجلين انهما قتلا فلانا وشهد المشهود عليهما على الشاهدين انهما قتلاه فان صدق الولى الأولين حكم بشهادتهما ويقتل الآخران لان الأولين غير متهمين فيما شهدا به والآخران متهمان لانهما يدفعان عن انفسهما القتل وان كذب الولى الأولين وصدق الآخرين بطلت

(قوله فى زاوية) الزاوية واحدة الزوايا وأصله فاعلة من زويت الشئ أى قبضته وجمعته كأنها تقبض وتجمع ما فيها وفى الحديث زويت لى الارض (قوله سرق كبشا) هو بالشين المعجمة والباء الموحدة ومن قال كيسا بالياء باثنتين من تحتها والسين المهملة فقد أخطأ

شهادة الجميع لان الأولين كذبهما الولي والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل

﴿فصل﴾ وان ادعى رجل على رجل انه قتل مورثه عمدا وقال المدعى عليه قتلته خطأ فأقام المدعي شاهدين فشهد أحدهما انه أقر بقتله عمدا وشهد الآخر على اقراره بالقتل خطأ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لان صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد فاذا حلف ثبتت دية الخطأ فان نكل حلف المدعي أنه قتله عمدا ويجب القصاص أو دية مغلظة

﴿فصل﴾ وان قتل رجل عمدا وله وارثان اثنان أو أخوان فشهد أحدهما على أخيه انه عفا عن القود والمال سقط القود عن القاتل عدلا كان أو فاسقا لان شهادته على أخيه تضمنت الاقرار بسقوط القود فأما الدية فان نصيب الشاهد يثبت لانه ما عفا عنه وأما نصيب المشهود عليه فانه ان كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته حلف المشهود عليه انه ما عفا ويستحق نصف الدية وان كان ممن تقبل شهادته حلف القاتل معه ويسقط عنه حقه من الدية لان ما طريقه المال يثبت بالشاهد واليمين وفي كيفية اليمين وجهان أحدهما انه يحلف انه قد عفا عن المال والثاني انه يحلف انه قد عفا عن القود والمال وهو ظاهر النص لانه قد يعفو عن الدية ولا يسقط حقه منها وهو اذا قلنا ان قتل العمد لا يوجب غير القود فاذا عفا عن الدية كان ذلك كلا عفو فوجب أن يحلف انه ما عفا عن القود والدية

﴿فصل﴾ وان شهد شاهد انه قال وكلتك وشهد آخر انه قال أذنت لك أو أنت جريي لم تثبت الوكالة لان شهادتهم لم تتفق على قول واحد وان شهد أحدهما انه قال وكلتك وشهد الآخر انه أذن له في التصرف أو انه سلطه على التصرف ثبتت الوكالة لان أحدهما ذكر اللفظ والآخر ذكر المعنى ولم يخالفه الآخر الا في اللفظ

﴿فصل﴾ وان شهد شاهدان على رجل انه أعتق في مرضه عبده سالما وقيمته ثلث ماله وشهد آخر انه عتق غانما وقيمته ثلث ماله فان علم السابق منهما عتق ورق الآخر وان لم يعلم ذلك ففيه قولان أحدهما انه يقرع بينهما لانه لا يمكن الجمع بينهما لان الثلث لا يحتملهما وليس أحدهما أولى من الآخر وأقرع بينهما كما لو أعتق عبدين وعجز الثلث عنهما والقول الثاني انه يعتق من كل واحد منهما النصف لان السابق حر والثاني عبد فاذا أقرع بينهما لم نأمن أن يخرج سهم الرق على السابق وهو حر فيسترق وسهم العتق على الثاني وهو عبد فيعتق فوجب أن يعتق من كل واحد منهما النصف لتساويهما كما لو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالثلث ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث فان الثلث يقسم عليهما وان شهد شاهدان على رجل انه وصى لرجل بثلث ماله وشهد آخران انه رجع عن الوصية وأوصى لآخر بالثلث بطلت الوصية للأول وصحت الوصية للثاني وان ادعى رجل على رجلين انهما رهنا عبدا لهما عنده بدين له عليهما فصدقه كل واحد منهما في حق شريكه وكذبه في حق نفسه ففيه وجهان أحدهما انه لا تقبل شهادتهما لانه يدعي ان كل واحد منهما كاذب والثاني تقبل شهادتهما ويحلف مع كل واحد منهما ويصير العبد رهنا عنده لانه يجوز أن يكون قد نسي ولا يكون كذب متعمدا

﴿باب الرجوع عن الشهادة﴾

اذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل اما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء فان كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم وحكي عن أبي ثور انه قال يحكم وهذا خطأ لانه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ويجوز أن يكونوا صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة ولا يجوز الحكم مع الشك في عدالة الشهود فان رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء نظرت فان كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لان هذه حقوق تسقط بالشبهة

والرجوع

والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة معها وان كان مالا أو عقدا فالمنصوص أنه يجوز الاستيفاء ومن أصحابنا من قال لا يجوز لان الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا خطأ لان الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء وان رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم ولا يجب على المشهود له رد ما أخذه لانه يجوز أن يكونوا صادقين ويجوز أن يكونوا كاذبين وقد اقترن بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقض برجوع محتمل

﴿فصل﴾ وان شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا نظرت فان قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبي ان رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل انه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا انما أخطأنا بالأول وهذا السارق فابطل شهادتهما على الآخر وضمنهما دية يد الأول وقال لو أعلم انكما تعمدتما القطعتكما ولانهما ألجآه الى قتله بغير حق فلزمهما القود كما لو أكرهاه على قتله وان قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد ومؤجلة لما فيه من الخطأ فان قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة لانه خطأ ولا تحمله العاقلة لانها وجبت باعترافهم فان اتفقوا أن بعضهم تعمد وبعضهم أخطأ وجب على المخطئ قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطئ وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم أخطأنا كلنا وجب على المقر بعمد الجميع القود وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة وان كانوا أربعة شهدوا بالرجم فقال اثنان منهم تعمدنا وأخطأ هذان وقال الآخران تعمدنا وأخطأ الاولون ففيه قولان أحدهما انه يجب القود على الجميع لان كل واحد منهم أقر بالعمد وأضاف الخطأ الى من أقر بالعمد فصاروا كما لو أقر جميعهم بالعمد والقول الثاني وهو الصحيح انه لا قود على واحد منهم بل يجب على كل واحد منهم قسطه من الدية المغلظة لانه لا يؤخذ كل أحد منهم الا باقراره وكل واحد منهم مقر بعمد شاركه فيه مخطئ فلا يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد وان قال اثنان تعمدنا كلنا وقال الآخران تعمدنا وأخطأ الاولان فعلى الاولين القود وفي الآخرين القولان أحدهما يجب عليهما القود والثاني وهو الصحيح انه يجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة وقد مضى توجيههما وان قال بعضهم تعمدت ولا أعلم حال الباقين فان قال الباقون تعمدنا وجب القود على الجميع وان قالوا أخطأنا سقط القود عن الجميع

﴿فصل﴾ فان رجع بعضهم نظرت فان لم يزد عددهم على عدد البينة بأن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع واحد منهم وقال أخطأت ضمن ربع الدية وان رجع اثنان ضمنا نصف الدية وان زاد عددهم على عدد البينة بأن شهد خمسة على رجل بالزنا فرجم ورجع واحد منهم لم يجب القود على الراجع لبقاء وجوب القتل على المشهود عليه وهل يجب عليه من الدية شيء فيه وجهان أحدهما وهو الصحيح انه لا يجب لبقاء وجوب القتل والثاني انه يجب عليه خمس الدية لان الرجم حصل بشهادتهم فقسمت الدية على عددهم فان رجع اثنان وقالا تعمدنا كلنا وجب عليهما القود وان قالا أخطأنا ففي الدية وجهان أحدهما انهما يضمنان الخمسين من الدية اعتبارا بعددهم والثاني يضمنان ربع الدية لانه بقي ثلاثة أرباع البينة

﴿فصل﴾ وان شهد أربعة بالزنا على رجل وشهد اثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا كلهم عن الشهادة فهل يجب على شهود الاحصان ضمان فيه ثلاثة أوجه أحدها لا يجب لانهم شهدوا بصفة [illegible] والثاني يجب على الجميع لان الرجم لم يستوف الا بهم [illegible] الاحصان قبل ثبوت [illegible] لم يضمنوا لانهم لم يثبتوا الا صفة وان شهدوا بعد ثبوت [illegible] لان الرجم لم يستوف الا بهم وفي قدر ما يضمنون من الدية وجهان أحدهما [illegible] الاحصان

والزنا فقسمت الدية عليهما والثاني انه يجب عليهما ثلث الدية لأنه رجم بشهادة ستة فوجب على الاثنين ثلث الدية وان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان قبلت شهادتهما لانهما لايجران بهذه الشهادة الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنهما ضررا فان شهدوا فرجم المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة فان قلنا لايجب الضمان على شهود الاحصان وجبت الدية عليهم أرباعا على كل واحد منهم ربعها وان قلنا انه يجب الضمان على شهود الاحصان ففي هذه المسألة وجهان أحدهما انه لايجب لأجل الشهادة بالاحصان شئ بل يجب على من شهد بالاحصان نصف الدية وعلى الآخرين نصفها لان الرجوع عن الشهادة صار كالجناية فوجب على كل اثنين نصف الدية كار بعة أنفس جنى اثنان جنايتين وجنى اثنان أربعة جنايات والوجه الثاني انه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحصان فان قلنا يجب على شاهدى الاحصان نصف الدية وعلى شهود الزنا النصف وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالاحصان نصف الدية وقسم النصف بينهم نصفين على شاهدى الاحصان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على شاهدى الاحصان ثلاثة أرباع الدية وعلى الآخرين ربعها واذا قلنا انه يجب على شاهدى الاحصان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالاحصان ويبقى الثلثان بينهم النصف على من شهد بالاحصان والنصف على الآخرين فيصير على من شهد بالاحصان ثلثا الدية وعلى من انفرد بشهادة الزنا ثلثها

﴿فصل﴾ وان شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم فرجم ثم بان ان الشهود كانوا عبيدا أو كفارا وجب الضمان على المزكيين لان المرجوم قتل بغير حق ولا شئ على شهود الزنا لانهم يقولون انا شهدنا بالحق ولولى الدم أن يطالب من شاء من الامام أو المزكيين لان الامام رجمه والمزكيين ألجآه فان طالب الامام رجع على المزكيين لانه رجمه بشهادتهما وان طالب المزكيين لم يرجعا على الامام لانه كالالة لهما

﴿فصل﴾ وان شهد شاهدان على رجل انه أعتق عبده ثم رجعا عن الشهادة وجب عليهما قيمة العبد لانهما أتلفاه عليه فلزمهما ضمانه كما لو قتلاه وان شهدا على رجل انه طلق امرأته ثم رجعا عن الشهادة فان كان بعد الدخول وجب عليهما مهر المثل لانهما أتلفا عليه مقوما فلزمهما ضمانه كما لو أتلفا عليه ماله وان كان قبل الدخول ففيه طريقان ذكرناهما في الرضاع

﴿فصل﴾ وان شهدا عليه بمال وحكم عليه ثم رجعا عن الشهادة فالمنصوص انه لا يرجع على الشهود وقال فيمن في يده دار فأقر انه غصبها من فلان ثم أقر انه غصبها من آخر انها تسلم الى الأول باقراره السابق وهل يجب عليه أن يغرم قيمتها للثاني فيه قولان ورجوع الشهود كرجوع المقر فمن أصحابنا من قال هو على قولين وهو قول أبي العباس أحدهما انه يرجع على الشهود بالغرم لانهم حالوا بينه و بين ماله بعدوان وهو الشهادة فلزمهم الضمان والثاني انه لا يرجع عليهم لان العين لا تضمن الا باليد أو بالاتلاف ولم يوجد من الشهود واحد منهما ومن أصحابنا من قال لا يرجع على الشهود قولا واحدا والفرق بينهم و بين الغاصب ان الغاصب ثبتت يده على المال بعدوان والشهود لم تثبت أيديهم على المال والصحيح ان المسئلة على قولين والصحيح من القولين انه يجب عليهم الضمان فان شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل امرأة الربع لان كل امرأتين كالرجل وان شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد منهم الثلث فان رجع واحد وبقي اثنان ففيه وجهان أحدهما انه يلزمه ضمان الثلث لان المال ثبت بشهادة الجميع والثاني وهو المذهب انه لا شئ عليه لانه بقيت بينة يثبت بها المال فان رجع آخر وجب عليه وعلى الأول ضمان النصف لانه انحل نصف البينة وان شهد

رجل

(قوله تزكية الشهود) هو مدحهم والثناء عليهم يقال زكى فلان بينته أى مدحها وزكى أى نمى صلاحه من زكى المال ويقال تطهيرهم من قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم وقوله غلاما زكيا أى طاهرا وقوله تعالى ما زكى منكم من أحد أبدا أى ماطهر

رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة وجب على الرجل ضمان السدس وعلى كل امرأة ضمان نصف السدس وقال أبو العباس يجب على الرجل ضمان النصف وعلى النسوة ضمان النصف لان الرجل فى المال بمنزلة نصف البينة فلزمه ضمان النصف والصحيح هو الأول لان الرجل فى المال بمنزلة امرأتين وكل امرأتين بمنزلة رجل فصاروا كستة رجال شهدوا ثم رجعوا فيكون حصة الرجل السدس وحصة كل امرأتين السدس وان رجع ثمانى نسوة لم يجب على الصحيح من المذهب عليهن شىء لانه بقيت بينة ثبت بها الحق فان رجعت أخرى وجب عليها وعلى الثمانى ضمان الربع وان رجعت أخرى وجب عليها وعلى التسع النصف

﴿فصل﴾ وان شهد شاهد بحق ثم مات أو جن أو أغمى عليه قبل الحكم لم تبطل شهادته لان ما حدث لا يوقع شبهة فى الشهادة فلم يمنع الحكم بها وان شهد ثم فسق قبل الحكم لم يجز الحكم بشهادته لان الفسق يوقع شكا فى عدالته عند الشهادة فمنع الحكم بها وان شهد على رجل ثم صار عدوا له بان قذفه المشهود عليه لم تبطل شهادته لان هذه عداوة حدثت بعد الشهادة فلم تمنع من الحكم بها وان شهد وحكم الحاكم بشهادته ثم فسق فان كان فى مال أو عقد لم يؤثر فى الحكم لانه يجوز أن يكون حادثا ويجوز أن يكون موجودا عند الشهادة فلا ينقض حكم نفذ بأمر محتمل وان كان فى حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لان ذلك يوقع شبهة فى الشهادة والحد والقصاص مما يسقطان بالشبهة فلم يجز استيفاؤه مع الشبهة

﴿فصل﴾ وان حكم بشهادة شاهد ثم بان انه عبد أو كافر نقض الحكم لانه تيقن الخطأ فى حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه وان حكم بشهادة شاهد ثم قامت البينة انه فاسق فان لم تسند الفسق الى حال الحكم لم ينقض الحكم لجواز أن يكون الفسق حدث بعد الحكم فلم ينقض الحكم مع الاحتمال وان قامت البينة انه كان فاسقا عند الحكم فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق رحمه الله ينقض الحكم قولا واحدا لانه اذا نقض بشهادة العبد ولا نص فى رد شهادته ولا اجماع فلأن ينقض بشهادة الفاسق وقد ثبت رد شهادته بالنص والاجماع أولى وقال أبو العباس رحمه الله فيه قولان أحدهما انه ينقض لما ذكرناه والثانى انه لا ينقض لان فسقه ثبت بالبينة من جهة الظاهر فلا ينقض حكم نفذ فى الظاهر والصحيح هو الاول لان هذا يبطل به اذا حكم بالاجتهاد فيه ثم وجد النص بخلافه فان النص ثبت من جهة الظاهر وهو خبر الواحد ثم ينقض به الحكم

﴿فصل﴾ واذا نقض الحكم نظرت فان كان المحكوم به قطعا أو قتلا وجب على الحاكم ضمانه لانه لا يمكن ايجابه على الشهود لانهم يقولون شهدنا بالحق ولا يمكن ايجابه على المشهود له لانه يقول استوفيت حقى فوجب على الحاكم الذى حكم بالاتلاف ولم يبحث عن الشهادة وفى الموضع الذى يضمن قولان أحدهما فى بيت المال والثانى على عاقلته وقد بيناه فى الديات وان كان المحكوم به مالا فان كان باقيا فى يد المحكوم له وجب عليه رده وان كان تالفا وجب عليه ضمانه لانه حصل فى يده بغير حق ويخالف ضمان القطع والقتل حيث لم نوجب على المحكوم له لان الجناية لا تضمن الا أن تكون محرمة وبحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرما فوجب على الحاكم دونه

﴿فصل﴾ ومن حكم له الحاكم بمال أو بضع أو غيرهما بيمين فاجرة أو شهادة زور لم يحل له ما حكم له به لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض وأقضى له بما أسمع وأظنه صادقا فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فانما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليدعها ولانه يقطع بتحريم ما حكم له به فلم يحل له بحكمه كما لو حكم له بما يخالف النص والاجماع

(قوله فى الحديث ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته) أى أفطن وأقوم بها يقال لحن يلحن لحنا بفتح الحاء اذا أصاب وفطن قالوا وأما اللحن باسكان الحاء فهو الخطأ واللحن أيضا اللغة ومنه قول عمر رضى الله عنه أبى أقرؤنا وانا لنرغب عن كثير من لحنه أى لغته وكان يقرأ التابوه قال

وقوم لهم لحن سوى لحن قومنا
وشكل وبيت الله لسنا نشاكله

واللحن أيضا تعريض والاشارة قال أبو زيد يقال لحنت له بالفتح لحنا اذا قلت له قولا يفهمه عنك ويخفى عن غيره ومنه قوله تعالى ولتعرفنهم فى لحن القول قال ابن الانبارى معناه ولتعرفنهم فى معنى القول وقال عزيزى فحوى القول ومعناه وقال الهروى فى نحوه وقصده وانشدوا للقتال الكلابى

ولقد لحنت لكم لكيما تفهموا
ووحيت وحيا ليس بالمرتاب

﴿ كتاب الاقرار ﴾

الحكم بالاقرار واجب لقوله صلى الله عليه وسلم يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية باقرارهما ولانه اذا وجب الحكم بالشهادة فلأن يجب بالاقرار وهو من الريبة أبعد أولى

﴿فصل﴾ وان كان المقر به حقا لآدمي أو حقا لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة ودعت الحاجة الى الاقرار به لزمه الاقرار به لقوله عز وجل كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ولقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل والاملال هو الاقرار فان كان حقا لله تعالى يسقط بالشبهة فقد بيناه في كتاب الشهادات

﴿فصل﴾ ولا يصح الاقرار الا من بالغ عاقل مختار فأما الصبي والمجنون فلا يصح اقرارهما لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه التزام حق بالقول فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع فان أقر مراهق وادعى أنه غير بالغ فالقول قوله وعلى المقر له ان يقيم البينة على بلوغه ولا يحلف المقر لأنا حكمنا بانه غير بالغ وأما السكران فان كان سكره بسبب مباح فهو كالمجنون وان كان بمعصية الله فعلى ماذكرناه في الطلاق وأما المكره فلا يصح اقراره لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع ويصح اقرار السفيه والمفلس بالحد والقصاص لانه غير متهم وأما اقراره بالمال فقد بيناه في الحجر والتفليس

﴿فصل﴾ ويصح اقرار العبد بالحد والقصاص لان الحق عليه دون مولاه ولا يقبل اقرار المولى عليه في ذلك لان المولى لا يملك من العبد الا المال وان جنى رجل على عبد جناية توجب القصاص أو قذفه قذفا يوجب التعزير ثبت القصاص والتعزير له وله المطالبة به والعفو عنه وليس للمولى المطالبة به ولا العفو عنه لانه حق غير مال فكان له دون المولى ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ لانه ايجاب مال في رقبته ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله ويقبل اقرار العبد المأذون في دين المعاملة ويجب قضاؤه من المال الذي في يده لان المولى سلطه عليه ولا يقبل اقرار غير المأذون في دين معاملة في الحال ويتبع به اذا عتق لانه لا يمكن أخذه من رقبته لانه لزمه برضى من له الحق وان أقر بسرقة مال لا يجب فيه القطع كالدون النصاب وما سرق من غير حرز وصدقه المولى وجب التسليم ان كان باقيا وتعلق برقبته ان كان تالفا لانه لزمه بغير رضى صاحبه وان كذبه المولى كان في ذمته يتبع به اذا عتق وان وجب فيه القطع قطع لانه غير متهم في ايجاب القطع وفي المال قولان واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاثة طرق أحدها وهو قول أبي اسحاق انه ان كان المال في يده ففيه قولان أحدهما انه يسلم اليه لانه انتفت التهمة عنه في ايجاب القطع على نفسه والثاني انه لا يسلم لان يده كيد المولى فلم يقبل اقراره فيه كما لو كان المال في يد المولى وان كان المال تالفا لم يقبل اقراره ولا يتعلق برقبته قولا واحدا لان الغرم محلا يثبت فيه وهو ذمته والطريق الثاني وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي رحمه الله انه ان كان المال تالفا ففيه قولان أحدهما انه يتعلق برقبته يباع فيه والثاني انه لا يتعلق برقبته وان كان باقيا لم يقبل اقراره قولا واحدا لان يده كيد المولى فلم يقبل اقراره فيه كما لو أقر بسرقة مال في يد المولى والطريق الثالث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن القولين في الحالين سواء كان المال باقيا أو تالفا لان العبد وما في يده في حكم ما في يد المولى فان قبل في أحدهما قبل في الآخر وان رد في أحدهما رد في الآخر فلا معنى للفرق بينهما

﴿فصل﴾ وان باع السيد عبده من نفسه فقد نص في الام انه يجوز وقال الربيع رحمه الله فيه قول

﴿ومن كتاب الاقرار﴾ الاقرار اخبار عما قرو ثبت وتقدم ومعناه الاعتراف وترك الانكار من استقر بالمكان اذا وقف فيه ولم يرتحل عنه وقرار الماء وقرارته حيث ينتهي جريانه و يستقر قال عنترة

جادت عليها كل بكر حرة
فتركن كل قرارة كالدرهم

(قوله تعالى قوامين بالقسط) أي بالعدل بكسر القاف وبفتحها الجور وقال آخر

ليتهم أقسطوا اذا قسطوا
فالزمان قسط وقسط

(قوله تعالى فليملل وليه بالعدل) يقال أمل عليه بمعنى أملى وأمللت عليه الكتاب (قوله وان أقر مراهق) يقال راهق الغلام فهو مراهق اذا قارب الاحتلام .

آخر انه لا يجوز واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق وأبو على بن أبى هريرة يجوز قولا واحدا وذهب القاضى أبو حامد المروروذى والشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمهما الله الى أنها على قولين أحدهما انه يجوز لانه اذا جازت كتابته فلأن يجوز بيعه وهو أثبت والعتق فيه أسرع أولى والثانى انه لا يجوز لانه لا يجوز بيعه بما فى يده لانه للمولى ولا يجوز بمال فى ذمته لان المولى لا يثبت له مال فى ذمة عبده فاذا قلنا انه يجوز وهو الصحيح فأقر المولى انه باعه من نفسه وأنكر العبد عتق باقراره وحلف العبد انه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن

﴿فصل﴾ ويقبل اقرار المريض بالحد والقصاص لانه غير متهم ويقبل اقراره بالمال لغير وارث لانه غير متهم فى حقه وان أقر لرجل بدين فى الصحة وأقر لآخر بدين فى المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين لانهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر كما لو أقر لهما فى حال الصحة واختلف أصحابنا فى اقراره للوارث فمنهم من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يقبل لانه اثبات مال للوارث بقوله من غير رضى الورثة فلم يصح من غير رضى سائر الورثة كالوصية والثانى أنه يقبل وهو الصحيح لان من صح اقراره له فى الصحة صح اقراره له فى المرض كالاجنبى ومن أصحابنا من قال يقبل اقراره قولا واحدا والقول الآخر حكاه عن غيره وان كان وارثه أخا فأقر له بمال فلم يمت المقر حتى حدث له ابن صح اقراره للأخ قولا واحدا لانه خرج عن أن يكون وارثا وان أقر لاخيه وله ابن فلم يمت حتى مات الابن صار الاقرار للوارث فيكون على ماذكرناه من الطريقين فى الاقرار للوارث وان ملك رجل أخاه ثم أقر فى مرضه انه كان أعتقه فى صحته وهو أقرب عصبته بعد عتقه هل يرث أم لا ان قلنا ان الاقرار للوارث لا يصح لم يرث لان توريثه يوجب ابطال الاقرار بحريته واذا بطلت الحرية سقط الارث فثبتت الحرية وسقط الارث وان قلنا ان الاقرار للوارث يصح نفذ العتق باقراره وثبت الارث بنسبه

﴿فصل﴾ ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق المقر به فان أقر لعبد بالنكاح أو القصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه السيد أو كذبه لان الحق له دون المولى فان أقر له بمال فان قلنا انه يملك المال صح الاقرار وان قلنا انه لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

﴿فصل﴾ وان أقر لحمل بمال فان عزاه الى ارث أو وصية صح الاقرار فان أطلق ففيه قولان أحدهما انه لا يصح لانه لا يثبت له الحق من جهة المعاملة ولا من جهة الجناية والثانى أنه يصح وهو الصحيح لانه يجوز أن يملكه بوجه صحيح وهو الارث أو الوصية فصح الاقرار له مطلقا كالطفل ولا يصح الاقرار الا لحمل متيقن وجوده عند الاقرار كما بيناه فى كتاب الوصية وان أقر لمسجد أو مصنع وعزاه الى سبب صحيح من غلة وقف عليه صح الاقرار فان أطلق ففيه وجهان بناء على القولين فى الاقرار للحمل

﴿فصل﴾ وان أقر بحق لآدمى أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ثم رجع فى اقراره لم يقبل رجوعه لانه حق ثبت لغيره فلم يملك اسقاطه بغير رضاه وان أقر بحق لله عز وجل يسقط بالشبهة نظرت فان كان حد الزنا أو حد الشرب قبل رجوعه وقال أبو ثور رحمه الله لا يقبل لانه حق ثبت بالاقرار فلم يسقط بالرجوع كالقصاص وحد القذف وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال أتى رجل من أسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه فقال يارسول الله ان الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه فقال يارسول الله ان الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى له الرابعة فلما شهد على نفسه أربع مرات دعاه رسول الله صلى الله

وكذلك المصنعة بضم النون هكذا ذكره الجوهرى وحقيقته البركة وحكى أبو الحسن اللؤلؤى وكان خيرا فاضلا قال كنت مولعا بالحج فحججت فى بعض السنين وعطشت عطشا شديدا فأجلست عديلى فى وسط المحمل ونزلت أطلب الماء والناس قد عطشوا فلم أزل أسأل رجلا رجلا ومحملا محملا معكم ماء واذا الناس شرع واحد حتى صرت فى ساقة القافلة بميل أو ميلين فمررت بمصنع مصهرج فاذا رجل فقير جالس فى أرض المصنع وقد غرز عصاه فى أرض المصنع والماء ينبع من موضع العصا وهو يشرب فنزلت اليه فشربت حتى رويت وجئت الى القافلة والناس قد نزلوا فأخرجت قربة ومضيت فملأتها ورآنى الناس فتبادروا بالقرب فرووا عن آخرهم فلما روى الناس وسارت القافلة جئت لانظر فاذا البركة ملأى تلتطم أمواجها والمصانع أيضا الحصون وقد فسر قوله تعالى وتتخذون مصانع قيل مجاهد قصور مشيدة قال

تركن ديارهم منهم قفارا وهدمن المصانع والبروجا

وقال قتادة هى برك الماء وقال لبيد بلينا وما تبلى النجوم الطوالع * وتبقى جبال بعدنا ومصانع وقوله ان الأخر زنى ذكر (قوله فتنحى لشق وجهه الآخر) أى أتاه من ناحيته الاخرى وقيل مال واعتمد وكذا الانتحاء الاعتماد والميل

عليه وسلم فقال هل بك جنون فقال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه وكان قد أحصن فلولم يسقط بالرجوع لما عرض له ويخالف القصاص وحد القذف فان ذلك يجب لحق الآدمي وهذا يجب لحق الله تعالى وقد ندب فيه الى الستر وان كان حد السرقة أوقطع الطريق ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل فيه الرجوع لانه حق يجب لصيانة حق الآدمي فلم يقبل فيه الرجوع عن الاقرار كحد القذف والثاني وهو الصحيح أنه يقبل لما روى أبو أمية المخزومي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فقال له مرتين أو ثلاثة ثم أمر بقطعه فلولم يقبل فيه رجوعه لما عرض له ولانه حق لله تعالى يقبل فيه الرجوع عن الاقرار كحد الزنا والشرب

(فصل) وما قبل فيه الرجوع عن الاقرار اذا أقر به فالمستحب للامام أن يعرضه للرجوع لما رويناه من حديث أبي هريرة وحديث أبي أمية المخزومي فان أقر فاقيم عليه بعض الحد ثم رجع عن الاقرار قبل لانه اذا سقط بالرجوع جميع الحد سقط بعضه وان وجد ألم الحد فهرب فالاولى أن يخلى لانه ربما رجع عن الاقرار فيسقط عنه الحد وان اتبع وأقيم عليه تمام الحد جاز لما روى الزهري قال أخبرني من سمع جابر بن عبد الله قال كنت فيمن رجم ماعزا فرجمناه في المصلى بالمدينة فلما أذلقته الحجارة جمز حتى أدركناه بالحرة فرجمناه حتى مات فلولم يجز ذلك لانكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم وضمنهم ولان الهرب ليس بصريح في الرجوع فلم يسقط به الحد

(فصل) ومن أقر لرجل بمال في يده فكذبه المقر له بطل الاقرار لانه رده وفي المال وجهان أحدهما أنه يؤخذ منه ويحفظ لانه لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فوجب على الامام حفظه كالمال الضائع والثاني أنه لا يؤخذ منه لانه محكوم له بملكه فاذا رده المقر له بقي على ملكه

(فصل) فان أقر الزوج أن امرأته أخته من الرضاع وكذبته المرأة قبل قوله في فسخ النكاح لانه اقرار في حق نفسه ولا يقبل اقراره في اسقاط مهرها لان قوله لا يقبل في حق غيره وان أقرت المرأة أن الزوج أخوها من الرضاع وأنكر الزوج لم يقبل قولها في فسخ النكاح لانه اقرار في حق غيرها وقبل قولها في اسقاط المهر لانه اقرار في حق نفسها

(فصل) وان قال رجل لرجل لي عندك ألف فقال لا أنكر لم يكن اقرارا لانه يحتمل أن يريد اني لا أنكر أنه مبطل في دعواه وان قال أقر لم يكن اقرارا لانه وعد بالاقرار وان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن اقرارا لانه يحتمل أنه يريد اني لا أنكر أن تكون محقا في اعتقاده وان قال لا أنكر أن تكون محقا في دعواك كان اقرارا لانه لا يحتمل غير الاقرار وان قال أنا مقر ففيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله أنه لا يكون اقرارا لانه يحتمل أنه يريد اني مقر ببطلان دعواك والوجه الثاني أن يكون اقرارا لانه جواب عن الدعوى فانصرف الاقرار الى ما ادعى عليه وان قال لي عليك ألف فقال نعم أو أجل أو صدق أو لعمري كان مقرا لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق وان قال لعل أو عسى لم يكن اقرارا لان هذه الالفاظ وضعت للشك والترجي وان قال أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن اقرارا لان هذه الالفاظ تستعمل في الشك وان قال له علي في علمي كان اقرارا لان ما عليه في علمه لا يحتمل الا الوجوب وان قال اقض الالف التي لي عليك فقال نعم كان اقرارا لانه تصديق لما ادعاه وان قال اشتر عبدي هذا فقال نعم أو أعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا بالعبد لما ذكرناه وان ادعى عليه ألفا فقال خذ أو اتزن لم يكن اقرارا لانه يحتمل أنه أراد خذ الجواب مني أو اتزن ان كان لك على غيري وان قال خذها أو اتزنها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي عبد الله

(قوله ما اخالك سرقت) أي ما أظنك يقال أخال بفتح الهمزة واخال بكسرها والكسر أفصح والقياس الفتح (قوله فلما أذلقته الحجارة) أي أصابته بحدها والحجارة المذلقة المحدودة وذلق كل شئ حده وفلان ذلق اللسان حديده (قوله جمز) أي عدا وأسرع والجمز ضرب من السير أشد من العنق والناقة تعدو الجمزى * (قوله فان قال نعم أو أجل) قال الجوهري قولهم أجل انما هو جواب مثل نعم قال الاخفش الا أنه أحسن من نعم في التصديق ونعم أحسن منه في الاستفهام فاذا قال أنت سوف تذهب قلت أجل وكان أحسن من نعم واذا قال أتذهب قلت نعم وكان أحسن من أجل (قوله أو لعمري) لعمري ولعمرك قسم كانه حلف ببقائه وحياته والعمر والعمر واحد فاذا أدخلت اللام فتحت لا غير ومعناه في الاقرار كانه أقسم بثبوته ولزومه عليه (قوله عندي له شئ) أنكر النكرات شئ لانه يجمع المعرفة والنكرة والمذكر والمؤنث والموجود والمفقود فهو أحق الكلام في التفسير

الزبيري رحمه الله أنه يكون اقرارا لان هاء الكناية ترجع الى ماتقدم من الدعوى والثاني وهو قول عامة أصحابنا أنه لا يكون اقرارا لان هاء الصفات ترجع الى المدعى به ولم يقر أنه واجب وان قال وهي صحاح فقد قال أبو عبد الله الزبيري انه اقرار لانها صفة للمدعى والاقرار بالصفة اقرار بالموصوف وقال عامة أصحابنا لا يكون اقرارا لان الصفة ترجع الى المدعى ولا تقتضي الوجوب عليه وان قال له علي ألف ان شاء الله لم يلزمه شئ لان ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل الى معرفته وان قال له علي ألف ان شاء زيد أو له علي ألف ان قدم فلان لم يلزمه شئ لان ما لا يلزمه لا يصير واجبا عليه بوجود الشرط وان قال ان شهد لك فلان وفلان بدينار فهما صادقان ففيه وجهان أحدهما أنه ليس باقرار لانه اقرار معلق على شرط فلم يصح كما لو قال ان شهد فلان علي صدقته أو وزنت ولان الشافعي رحمه الله قال اذا قال لفلان علي ألف ان شهد بها علي فلان وفلان لم يكن اقرارا فان شهدا عليه وهما عدلان لزمه بالشهادة دون الاقرار والثاني وهو قول أبي العباس بن القاص أنه اقرار وان لم يشهدا به وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله لانه أخبر أنه ان شهدا به فهما صادقان ولا يجوز أن يكونا صادقين الا والدينار واجب عليه لانه لو لم يكن واجبا عليه لكان الشاهد به كاذبا فاذا قال يكون صادقا دل على أن المشهود به ثابت فصار كما لو شهد عليه رجل بدينار فقال صدق الشاهد ويخالف قوله ان شهد فلان صدقته أو وزنت لك لانه قد يصدق الانسان من ليس بصادق وقد يزن بقوله ما لا يلزمه ويخالف ما قال الشافعي رحمه الله لفلان علي ألف ان شهد به فلان وفلان لان وجوب الالف لا يجوز ان يتعلق بشهادة من يشهد عليه فاذا علق بشهادته دل على أنه غير واجب وههنا لم يعلق وجوب الدينار بالشهادة وانما أخبر أن يكون صادقا وهذا تصريح بوجوب الدينار عليه في الحال وان قال كان له علي ألف ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لانه أقر بالوجوب والاصل بقاؤه والثاني أنه لا يلزمه لانه أقر به في زمان مضى فلا يلزمه في الحال شئ وان اقر أعجمي بالعربية أو عربي بالعجمية ثم ادعى أنه لم يعلم بما قال فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر ما يدعيه

﴿باب جامع الاقرار﴾

اذا قال لفلان علي شئ طولب بالتفسير فان امتنع عن التفسير جعلناه ناكلا ورد اليمين على المدعى وقضى له لانه كالساكت عن جواب المدعى ومن أصحابنا من حكى فيه قولين أحدهما ما ذكرناه والثاني أنه يحبس حتى يفسر لانه قد أقر بالحق وامتنع من أدائه فحبس وان شهد شاهدان على رجل بمال مجهول ففيه وجهان أحدهما أنه يثبت الحق كما يثبت بالاقرار ثم يطالب المشهود عليه كما يطالب المقر والثاني أنه لا يثبت الحق لان البينة ما أبانت عن الحق وهذه ما أبانت عن الحق وان أقر بشئ وفسره بما قل أو كثر من المال قبل لان اسم الشئ يقع عليه وان فسره بالخمر والخنزير أو الكلب أو السرجين أو جلد الميتة قبل الدباغ ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يقبل لانه يقع عليه اسم الشئ والثاني أنه لا يقبل لان الاقرار اخبار عما يجب ضمانه وهذه الاشياء لا يجب ضمانها والثالث أنه ان فسره بالخمر والخنزير لم يقبل لانه لا يجب تسليمه وان فسره بالكلب والسرجين وجلد الميتة قبل الدباغ قبل لانه يجب تسليمه وان قال غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يلزمه شئ لانه قد يغصبه نفسه فيحبسه وان قال غصبتك شيأ ثم قال غصبته نفسه لم يقبل لان الاقرار يقتضي غصب شئ منه ويطالب بتفسير الشئ

﴿فصل﴾ وان قال له علي مال ففسره بما قل أو كثر قبل لأن اسم المال يقع عليه وان قال له علي مال عظيم أو كثير قبل في تفسيره القليل والكثير لان ما من مال الا وهو عظيم وكثير بالاضافة الى ما هو دونه ولانه يحتمل أنه أراد به أنه عظيم أو كثير عنده لقلة ماله أو لفقر نفسه فان قال له علي أكثر من مال فلان

قبل فى بيانه القليل والكثير لانه يحتمل انه يريد انه أكثر من مال فلان لكونه من الحلال أو أكثر بقاء لكونه فى ذمته

﴿فصل﴾ وان قال له على درهم لزمه درهم من دراهم الاسلام وهو ستة دوانق وزن كل عشرة سبعة مثاقيل فان فسره بدرهم طبرى كطبرية الشام وهو الذى فيه أربعة دوانق فان كان ذلك متصلا بالاقرار قبل منه كما لو قال له على درهم الا دانقين وان كان منفصلا نظرت فان كان الاقرار فى غير الموضع الذى يتعامل فيه بالدراهم الطبرية لم يقبل كما لا يقبل الاستثناء المنفصل عن الجملة وان كان فى الموضع الذى يتعامل فيه بالدراهم الطبرية ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص انه يقبل لان اطلاق الدراهم يحمل على دراهم البلد كما يحمل فى البيع على دراهم البيع والثانى انه لا يقبل ويلزمه درهم من دراهم الاسلام لانه اخبار عن وجوب سابق بخلاف البيع فانه ايجاب فى الحال فحمل على دراهم الموضع الذى يجب فيه وان قال له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه درهم كبير فى العرف فان فسره بما هو أكبر منه وهو الدرهم البغلى قبل منه لانه يحتمل ذلك وهو غير متهم فيه وان قال له على درهم صغير أو له على درهم لزمه درهم وازن لأنه هو المعروف فان كان فى البلد دراهم صغار ففسره بها قبل لأنه محتمل اللفظ وان قال له على مائة درهم عددا لزمه مائة وازنة عددها مائة لان الدراهم تقتضى الوازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما

﴿فصل﴾ وان قال له على دراهم ففسرها بدراهم مزيفة لا فضة فيها لم يقبل لأن الدراهم لا تتناول ما لا فضة فيه وان فسرها بدراهم مغشوشة فالحكم فيها كالحكم فيمن أقر بدراهم وفسرها بالدراهم الطبرية وقد بيناه وان قال له على دراهم وفسرها بسكة دون سكة دراهم البلد الذى أقر فيه ولا تنقص عنها فى الوزن فالمنصوص انه يقبل منه وقال المزنى لا يقبل منه لان اطلاق الدراهم يقتضى سكة البلد كما يقتضى ذلك فى البيع وهذا خطأ لان البيع ايجاب فى الحال فاعتبر الموضع الذى يجب فيه والاقرار اخبار عن وجوب سابق وذلك يختلف فرجع اليه

﴿فصل﴾ وان أقر بدرهم فى وقت ثم أقر بدرهم فى وقت آخر لزمه درهم واحد لانه اخبار فيجوز أن يكون ذلك خبرا عما أخبر به فى الاول ولهذا لو قال رأيت زيدا ثم قال رأيت زيدا لم يقتض أن يكون الثانى اخبارا عن رؤية ثانية وان قال له على درهم من ثمن ثوب ثم قال له على درهم من ثمن عبد لزمه درهمان لانه لا يحتمل أن يكون الثانى هو الاول وان قال له على درهم ودرهم لزمه درهمان لان الواو تقتضى أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه وان قال له على درهم ودرهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه وان قال له على درهم فدرهم لزمه درهم واحد وان قال لامرأته أنت طالق فطالق وقعت طلقتان واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو على بن خيران رحمه الله لا فرق بين المسئلتين فجعلهما على قولين ومنهم من قال يلزمه فى الاقرار درهم وفى الطلاق طلقتان والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفصيل والدراهم يدخلها التفصيل فيجوز أن يريد له على درهم فدرهم خير منه وان قال له على درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو شيأ ففيه قولان أحدهما أنه يقع طلقتان والثانى أنه يقع ثلاث طلقات ونقل أبو على بن خيران جوابه فى الطلاق الى الاقرار وجعلهما على قولين ومن أصحابنا من قال يقع طلقتان فى أحد القولين وفى الاقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولا واحدا لان الطلاق يدخله التأكيد فحمل التكرار على التأكيد والاقرار لا يدخله التأكيد فحمل التكرار على العدد وان قال له على درهم فوق درهم أو درهم تحت درهم لزمه درهم واحد لانه يحتمل أن يكون فوق درهم أو تحت درهم فى الجودة ويحتمل فوق درهم وتحت درهم لى فلم يلزمه

(قوله ستة دوانق) جمع دانق وهو سدس الدرهم يقال دانق ودانق بفتح النون وكسرها وربما قالوا داناق كما قالوا للدرهم درهام (قوله الدرهم البغلى) وزنه ثمانية دوانق والدانق منه أربعة قراريط مشبه بالدرهم الذى يكون فى يد البغل والدرهم البغلى والشهليلى كبيران وقال بعض المشايخ لعلها أن يكون نسب الى بغلان بلد ببلخ كالنسب الى البحرين يقال فيه بحرى على الصحيح (قوله فان فسره بدراهم مزيفة) أى رديئة قال ابن القوطية زافت الدراهم تزيف زيفا بارت ولعله لرداءتها ودرهم زيف وزائف والجمع زيف مثل ناقص ونقص اذا لم تجز بان تكون رصاصا أو نحاسا مغشوشة وزيفتها أنا (قوله دراهم مغشوشة) مأخوذ من الغش بالكسر وهو ضد النصيحة وقيل مأخوذ من الغشش وهو المشوب الكدر قاله ابن الانبارى (قوله وان فسره بسكة) السكة الحديدة المنقوشة التى يطبع عليها أى يضرب وجمعها سكك

زيادة مع الاحتمال وان قال له علىّ درهم مع درهم لزمه درهم لانه يحتمل مع درهم لى فلم يلزمه مازاد مع الاحتمال وان قال له علىّ درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان لان قبل و بعد تستعمل فى التقديم والتأخير فى الوجوب وان قال له علىّ درهم فى عشرة فان أراد الحساب لزمه عشرة لان ضرب الواحد فى عشرة عشرة وان لم يرد الحساب لزمه درهم لانه يحتمل ان له علىّ درهما مختلطا بعشرة لى وان قال له علىّ درهم بل درهم لزمه درهم لانه لم يقر بأكثر من درهم وان قال له علىّ درهم بل درهمان لزمه درهمان وان قال له علىّ درهم بل دينار لزمه الدرهم والدينار والفرق بينهما ان قوله بل درهمان ليس برجوع عن الدرهم لان الدرهم داخل فى الدرهمين وانما قصد الحاق الزيادة به وقوله بل دينار رجوع عن الدرهم واقرار بالدينار فلم يقبل رجوعه عن الدرهم فلزمه وقبل اقراره بالدينار فلزمه وان قال له علىّ درهم أو دينار لزمه أحدهما واوأخذ بتعيينه لانه أقر بأحدهما وان قال له علىّ درهم فى دينار لزمه الدرهم ولا يلزمه الدينار لانه يجوز أن يكون أراد فى دينار لى

﴿فصل﴾ وان قال له علىّ دراهم لزمه ثلاثة دراهم لانه جمع وأقل الجمع ثلاثة وان قال دراهم كثيرة لم يلزمه أكثر من ثلاثة لانه يحتمل انه أراد بها كثيرة بالاضافة الى مادونها أو أراد انها كثيرة فى نفسه وان قال له علىّ مابين درهم الى عشرة لزمه ثمانية لان ما بينهما ثمانية وان قال له علىّ من درهم الى عشرة ففيه وجهان أحدهما انه يلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلم يدخلا فى الاقرار فلزمه مابينهما والثانى انه يلزمه تسعة لان الواحد أول العدد واذا قال من واحد كان ذلك اقرارا بالواحد ومابعده فلزمه والعاشر حد فلم يدخل فيه

﴿فصل﴾ وان قال له علىّ كذا رجع فى التفسير اليه لانه أقر بمبهم فصار كما لو قال له علىّ شئ وان قال له علىّ كذا درهم لزمه درهم لانه فسر المبهم بالدرهم وان قال له علىّ كذا وكذا رجع فى التفسير اليه لانه أقر بمبهم وأكده بالتكرار فرجع اليه كما لو قال له علىّ كذا وان قال له علىّ كذا كذا درهما لزمه درهم لانه فسر المبهم به وان قال له علىّ كذا وكذا رجع فى التفسير اليه لانه أقر بمبهمين لان العطف بالواو يقتضى أن يكون الثانى غير الاول فصار كما لو قال له علىّ شئ وشئ وان قال له علىّ كذا وكذا درهم فقد روى المزنى فيه قولين أحدهما انه يلزمه درهم والثانى يلزمه درهمان فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما انه يلزمه درهمان لانه ذكر مبهمين ثم فسر بالدرهم فرجع الى كل واحد منهما والثانى انه يلزمه درهم لانه يجوز أن يكون فسر المبهمين بالدرهم لكل واحد منهما نصفه فلا يلزمه مازاد مع الاحتمال وقال أبو اسحق وعامة أصحابنا اذا قال كذا وكذا درهما بالنصب لزمه درهمان لانه جعل الدرهم تفسيرا فرجع الى كل واحد منهما وان قال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم لانه يخبر عن المبهمين بانهما درهم وحمل القولين على هذين الحالين وقد نص الشافعى رحمه الله عليه فى الاقرار والمواهب

﴿فصل﴾ وان قال له على ألف رجع فى البيان اليه وبأى جنس من المال فسره قبل منه وان فسره بأجناس قبل منه لانه يحتمل الجميع وان قال له علىّ ألف ودرهم لزمه درهم ورجع فى تفسير الالف اليه وقال أبو ثور يكون الجميع دراهم وهذا خطأ لان العطف لا يقتضى أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه لانه قد يعطف الشئ على غير جنسه كما يعطف على جنسه ألا ترى انه يجوز أن يقول رأيت رجلا وحمارا كما يجوز أن يقول رأيت رجلا ورجلا وان قال له علىّ مائة وخمسون درهما أو له علىّ ألف وعشرة دراهم ففيه وجهان أحدهما انه يلزمه خمسون درهما وعشرة دراهم ويرجع فى تفسير المائة والالف اليه كما قلنا فى قوله ألف ودرهم والثانى انه يلزمه مائة درهم وخمسون درهما أو ألف درهم

(قوله وان قال له علىّ كذا وكذا) هو اسم مبهم الكاف للتشبيه وذا اسم اشارة تقول فعلت كذا وقد تجرى مجرى كم فتنصب مابعده على التمييز و يقول عندى له كذا وكذا درهما لانه كالكناية والاستثناء فى الاقرار وغيره مأخوذ من الثنى وهو الكف والرد يقال حلف يمينا لاثنى فيها ولا مثنوية وقيل انه مأخوذ من انثناء الحبل وهو اعطافه كانه رجوع عن الشئ وانعطاف الى غيره

وعشرة دراهم والفرق بينها و بين قوله ألف ودرهم ان الدرهم المعطوف على الالف لم يذكره للتفسير وانما ذكره للايجاب وهذا يجب به زيادة على الالف والدراهم المذكورة بعد الخمسين والالف ذكرها للتفسير وهذا لا يجب به زيادة على الخمسين والالف فجعل تفسيرا لما تقدم

﴿فصل﴾ واذا قال لفلان على عشرة دراهم الا درهما لزمه تسعة لان الاستثناء لغة العرب وعادة أهل اللسان وان قال على عشرة الا تسعة لزمه ما بقى لأن استثناء الأكبر من الجملة لغة العرب والدليل عليه قوله عز وجل قال فبعزتك لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال عز وجل ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى الغاوين من العباد وان كانوا أكثر وان قال له على عشرة الا عشرة لزمه عشرة لأن ما يرفع الجملة لا يعرف فى الاستثناء فسقط وبقى المستثنى منه وان قال له على مائة درهم الا ثوبا وقيمة الثوب دون المائة لزمه الباقى لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منه لغة العرب والدليل عليه قوله تعالى فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس فاستثنى ابليس من الملائكة وليس منهم قال الشاعر

وبلدة ليس بها أنيس ❊ الا اليعافير والا العيس

فاستثنى اليعافير والعيس من الأنيس وان لم يكن منهم وان قال له على ألف الا درهما ثم فسر الالف بجنس قيمته أكثر من درهم سقط الدرهم ولزمه الباقى وان فسره بجنس قيمته درهم أو أقل ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه الجنس الذى فسر به الالف ويسقط الاستثناء لأنه استثناء يرفع جميع ما أقر به فسقط وبقى المقر به كما لو قال له على عشرة دراهم الا عشرة دراهم والثانى أنه يطالب بتفسير الألف بجنس قيمته أكثر من درهم لانه فسر اقرار المبهم بتفسير باطل فسقط التفسير لبطلانه وبقى الاقرار بالمبهم فلزمه تفسيره

﴿فصل﴾ وان قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحدا طولب بالتعيين لانه ثبت بقوله فرجع فى بيانه اليه فان ماتوا الا واحدا منهم فقال الذى بقى هو المستثنى ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لانه يرفع به الاقرار فلم يقبل كما لو استثنى الجميع بقوله والثانى وهو المذهب أنه يقبل لأنه يحتمل أن يكون هو المستثنى فقبل قوله فيه ويخالف اذا استثنى الجميع بقوله لأنه رفع المقر به بقوله وههنا لم يرفع بالاستثناء الا واحدا وانما سقط فى الباقى بالموت فصار كما لو أعتق واحدا منهم ثم ماتوا الا واحدا وان قتل الجميع الا واحدا فقال الذى بقى هو المستثنى قبل وجها واحدا لأنه لا يسقط حكم الاقرار لان المقر له يستحق قيمة المقتولين وان قال غصبت من فلان هؤلاء العبيد الا واحدا منهم ثم ماتوا الا واحدا منهم وقال المستثنى هو الذى بقى قبل وجها واحدا لأنه لا يسقط حكم الاقرار لأن المقر له بهم يستحق قيمتهم بالموت

﴿فصل﴾ وان قال هذه الدار لفلان الا هذا البيت لم يدخل البيت فى الاقرار لأنه استثناه وان قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لى قبل لانه أخرج بعض ما دخل فى الاقرار بلفظ متصل وصار كما لو استثناه بلفظ الاستثناء

﴿فصل﴾ وان قال له هذه الدار هبة سكنى أو هبة عارية لم يكن اقرارا بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل فى أوله وبقى البعض فصار كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وله أن يمنعه من سكناها لأنها هبة منافع لم يتصل بها القبض فجاز له الرجوع فيها

﴿فصل﴾ وان أقر لرجل بمال فى ظرف بان قال له عندى زيت فى جرة أو تبن فى غرارة أو سيف فى غمد أو فص فى خاتم لزمه المال دون الظرف لان الاقرار لم يتناول الظرف ويجوز أن يكون المال فى ظرف للمقر وان قال له عندى جرة فيها زيت أو غرارة فيها تبن أو غمد فيه سيف أو خاتم عليه فص لزمه الظرف

(قوله وعادة أهل اللسان) أى أهل الفصاحة واللسن بالتحريك الفصاحة وقد لسن بالكسر فهو لسن وألسن وقوله فى بيت الشعر وبلدة ليس بها أنيس الا اليعافير والا العيس أى رب بلدة الواو بمعنى رب واليعافير جمع يعفور وهو ولد الظبية وولد البقرة الوحشية وقال بعضهم اليعافير تيوس الظباء والعيس الابل البيض واحدها أعيس والانثى عيساء بينة العيس وهو استثناء منقطع معناه الذى يقوم مقام الانيس اليعافير والعيس (قوله فص الخاتم) بفتح الفاء والعامة تكسره والجمع فصوص وفى الخاتم ثلاث لغات خاتم بالفتح وخاتم بالكسر وخاتام ومنهم من زاد لغة رابعة فقال خيتام

دون مافيه لانه لم يقر الا بالظرف ويجوز أن يكون مافيه للمقر وان قال له عندي خاتم لزمه الخاتم والفص لان اسم الخاتم يجمعهما وان قال له عندي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه ومن أصحابنا من قال ان كان الطراز مركبا على الثوب بعد النسج ففيه وجهان أحدهما ماذكرناه والثاني أنه لا يدخل فيه لأنه متميز عنه وان قال له في يدي دار مفروشة لزمه الدار دون الفرش لانه يجوز أن تكون مفروشة بفرش للمقر وان قال له عندي فرس عليه سرج لزمه الفرس دون السرج وان قال له عندي عبد وعليه ثوب لزمه تسليم العبد والثوب والفرق بينهما ان العبد له يد على الثوب وما في يد العبد لمولاه والفرس لا يد له على السرج

﴿فصل﴾ وان قال لفلان علي ألف درهم ثم أحضر ألفا وقال هي التي أقررت بها وهي وديعة فقال المقر له هذه وديعة لي عنده والألف التي أقر بها دين لي عليه غير الوديعة ففيه قولان أحدهما انه لا يقبل قوله لأن قوله علي اخبار عن حق واجب عليه فاذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل والثاني أنه يقبل لأن الوديعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها اذا تلفت وان قال له علي ألف في ذمتي ثم فسر ذلك بالألف التي هي وديعة عنده وقال المقر له بل هي دين لي في ذمته غير الوديعة فان قلنا في التي قبلها أنه لا يقبل قوله فيها فههنا أولى أن لا يقبل وان قلنا يقبل هناك قوله ففي هذه وجهان أحدهما أنه لا يقبل وهو الصحيح لأن الألف التي أقر بها في الذمة والعين لا تثبت في الذمة والثاني أنه يقبل لأنه يحتمل انها في ذمتي لأني تعديت فيها فيجب ضمانها في ذمتي وان قال له علي ألف ثم قال هي وديعة كانت عندي وظننت أنها باقية وقد هلكت لم يقبل قوله لان الاقرار يقتضي وجوب ردها أو ضمانها والهالكة لا يجب ردها ولا ضمانها فلم يصح تفسير الاقرار بها

﴿فصل﴾ وان قال له علي ألف درهم وديعة دينا لزمه الألف لأن الوديعة قد يتعدى فيها فتصير دينا وان قال له علي ألف درهم عارية لزمه ضمانها لان اعارة الدراهم تصح في أحد الوجهين فيجب ضمانها وفي الوجه الثاني لا تصح اعارتها فيجب ضمانها لان ماوجب ضمانه في العقد الصحيح وجب ضمانه في العقد الفاسد

﴿فصل﴾ وان قال له في هذا العبد ألف درهم أو له من هذا العبد ألف درهم ثم قال أردت انه وزن في ثمنه ألف درهم ووزنت أنا ألف درهم في صفقة واحدة كان ذلك اقرارا بنصفه وان قال اشترى ثلثه أو ربعه بألف في عقد واشتريت أنا الباقي بألف في عقد آخر قبل قوله لان اقراره مبهم وما فسر به محتمل والعبد في يده فقبل قوله فيه وان قال جنى عليه العبد جناية أرشها ألف درهم قبل قوله وله أن يبيع العبد ويدفع اليه الارش وله أن يفديه وان قال وصى له من ثمنه بألف درهم بيع ودفع اليه من ثمنه ألف درهم فان أراد أن يدفع اليه ألفا من ماله لم يجز لان بالوصية يتعين حقه في ثمنه وان قال العبد مرهون عنده بألف ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لان حق المرتهن في الذمة لا في العين والثاني وهو الصحيح أنه يقبل لأن المرتهن متعلق حقه بالذمة والعين

﴿فصل﴾ وان قال له في ميراث أبي ألف درهم لزمه تسليم ألف اليه وان قال له في ميراثي من أبي ألف درهم ثم قال أردت هبة قبل منه لأنه أضاف الميراث الى نفسه فلا ينتقل منه الى غيره الا من جهته وان قال له في هذا المال ألف درهم لزمه وان قال له في مالي هذا ألف درهم لم يلزمه لأن ماله لا يصير لغيره باقراره

﴿فصل﴾ واذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه تسليم الألف لان الاصل انه لم يقبض المبيع فلا يلزمه تسليم ما في مقابلته وان قال له علي ألف درهم ثم قال بعد ذلك من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل لانه لزمه الألف باقراره فلم يقبل قوله في اسقاطه

(قوله ثوب مطرز) أي معلم والطراز علم الثوب فارسي معرب وقد طرزت الثوب فهو مطرز والطراز الهيئة قال حسان

بيض الوجوه كريمة أحسابهم
شم الانوف من الطراز الاول

أي من النمط الاول (قوله مبهم) معنى المبهم في الاقرار وغيره الذي خفي معناه ولم يعلم واستبهم الشئ خفي ومنه سميت البهيمة لاستعجامها والليل البهيم الذي يخفى ما فيه وأسود بهيم لا بياض فيه

﴿فصل﴾ وان أقر بحق ووصله بما يسقطه بان أقر بانه تكفل بنفس أو مال على انه بالخيار أو أقر أن عليه لفلان ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو لفلان عليه ألف درهم قضاها ففيه قولان أحدهما انه يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به لانه يسقط ما أقر به فلم يقبل كما لو قال له على عشرة الا عشرة والثاني انه لا يلزمه الحق لانه يحتمل ما قاله فصار كما لو قال له على ألف الا خمسمائة وان قال له على ألف درهم مؤجلة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين لان التأجيل كالقضاء ومنهم من قال يقبل قولا واحدا لان التأجيل لا يسقط الحق وانما يؤخره فهو كاستثناء بعض الجملة بخلاف القضاء فانه يسقطه

﴿فصل﴾ وان قال هذه الدار لزيد بل لعمرو أو قال غصبتها من زيد لا بل من عمرو حكم بها لزيد لانه أقر له بها ولا يقبل قوله لعمرو لانه رجوع عن الاقرار لزيد وهل يلزمه أن يغرم قيمتها لعمرو فيه قولان أحدهما انه لا يلزمه لان العين قائمة فلا يستحق قيمتها والثاني انه يلزمه وهو الصحيح لانه حال بينه وبين ماله فلزمه ضمانه كما لو أخذ ماله ورمى به في البحر فان قال غصبت هذا من أحد هذين الرجلين طولب بالتعيين فان عين أحدهما فان قلنا انه اذا أقر به لاحدهما بعد الآخر غرم للثاني حلف لانه اذا نكل غرم له وان قلنا انه لا يغرم للثاني لم يحلف لانه لا فائدة في تحليفه لانه اذا نكل لم نقض عليه بشئ وان كان في يده دار فقال غصبتها من زيد وملكها لعمرو حكم بها لزيد لانها في يده فقبل اقراره بها ولا يقبل قوله ان ملكها لعمرو لانه اقرار في حق غيره ولا يغرم لعمرو شيأ لانه لم يكن منه تفريط لانه يجوز أن يكون ملكها لعمرو وهي في يد زيد باجارة أو رهن أو غصبها منه فاقر بها على ما هي عليه فاما اذا قال هذه الدار ملكها لعمرو وغصبها من زيد ففيه وجهان أحدهما انها كالمسألة قبلها اذ لا فرق بين أن يقدم ذكر الملك وبين ان يقدم ذكر الغصب والثاني انها تسلم الى زيد وهل يغرم لعمرو على قولين كما لو قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو

﴿فصل﴾ وان أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه فان كان المقر به صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لانه أقر له بحق فثبت كما لو أقر له بمال فان بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأنكر النسب لم يسقط النسب لانه نسب حكم بثبوته فلم يسقط برده وان كان المقر به بالغا عاقلا لم يثبت الا بتصديقه لان له قولا صحيحا فاعتبر تصديقه في الاقرار كما لو أقر له بمال وان كان المقر به ميتا فان كان صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لانه يقبل اقراره به اذا كان حيا فقبل اذا كان ميتا وان كان عاقلا بالغا ففيه وجهان أحدهما انه لا يثبت لان نسب البالغ لا يثبت الا بتصديقه وذلك معدوم بعد الموت والثاني انه يثبت وهو الصحيح لانه ليس له قول فثبت نسبه بالاقرار كالصبي والمجنون وان أقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن الاقرار وصدقه المقر له في الرجوع ففيه وجهان أحدهما انه يسقط النسب وهو قول أبي علي الطبري رحمه الله كما لو أقر له بمال ثم رجع في الاقرار وصدقه المقر له في الرجوع والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله انه لا يسقط لان النسب اذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه كالنسب الثابت بالفراش

﴿فصل﴾ وان مات رجل وخلف ابنا فأقر على أبيه بنسب فان كان لا يرثه بان كان عبدا أو قاتلا أو كافرا والأب مسلم لم يقبل اقراره لانه لا يقبل اقراره عليه بالمال فلا يقبل اقراره عليه في النسب كالاجنبي وان كان يرثه فاقر عليه بنسب لو أقر به الأب لحقه فان كان قد نفاه الاب لم يثبت لانه يحمل عليه نسبا حكم ببطلانه وان لم ينفه الاب ثبت النسب باقراره لما روت عائشة رضي الله عنها قالت اختصم سعد ابن أبي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة فقال سعد بن أبي وقاص أوصاني أخي عتبة اذا قدمت مكة أن انظر الى ابن أمة زمعة واقبضه فانه ابنه وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وان مات وله

(قوله ابن وليدة أبي) الوليدة الجارية قال حسان وتقسمو ولائدهم لنقف الحنظل * (قوله الولد للفراش) أي لمالك الفراش وهو الزوج أو لمالك الامة لانه يفترشها بالحق وهذا من مختصر الكلام وهو على حذف مضاف كقوله تعالى واسأل القرية أي أهل القرية والفراش الزوجة يقال افترش فلان فلانة اذا تزوجها ويقال لامرأة الرجل هي فراشه وازاره ولحافه (قوله وللعاهر الحجر) العاهر الزاني يقال عهر الرجل المرأة يعهر عهرا اذا أتاها بفجور والعهر الزنا وفي الحديث اللهم أبدله بالعهر العفة ومعنى وللعاهر الحجر أي لا شئ له في نسب الولد وانما يستحق الحجر الذي لا ينتفع به أو يرمى بالحجر ويطرد وقول من قال انه يرجم الحد بالحجر ليس بشئ لانه ليس كل زان يجب رجمه وهذا كما قالوا في معنى له التراب أي لا شئ له وروى ان أبا العيناء ولد له ولد وكان أعمى فاتاه الناس يهنؤنه به فاتى الجماز في جملتهم فوضع بين يديه حجرا ومضى فتكلم بذلك فقال أتدرون ما أراد لعنه الله قالوا لا قال أراد قول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر

ابنان فاقر أحدهما بنسب ابن وأنكر الآخر لم يثبت لان النسب لا يتبعض فاذا لم يثبت فى حق أحدهما لم يثبت فى حق الآخر ولا يشاركهما فى الميراث لان الميراث فرع على النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الارث وان أقر أحد الابنين بزوجة لابيه وأنكر الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه لا تشارك بحصتها من حق المقر كما لا يشارك الابن اذا اختلف الوارثان فى نسبه والثانى أنها تشارك بحصتها من حق المقر لان المقر به حقها من الارث لان الزوجية زالت بالموت وان مات وخلف بنتا فاقرت بنسب أخ لم يثبت النسب لانها لا ترث جميع المال فان أقر معها الامام ففيه وجهان أحدهما أنه يثبت لان الامام نافذ الاقرار فى مال بيت المال والثانى أنه لا يثبت لانه لا يملك المال بالارث وانما يملكه المسلمون وهم لا يتعينون فلم يثبت النسب وان مات رجل وخلف ابنين عاقلا ومجنونا فأقر العاقل بنسب ابن آخر لم يثبت النسب لانه لم يوجد الاقرار من جميع الورثة فان مات المجنون قبل الافاقة فان كان له وارث غير الاخ المقر قام وارثه مقامه فى الاقرار وان لم يكن له وارث غيره ثبت النسب لانه صار جميع الورثة فان خلف الميت ابنين فأقر أحدهما بنسب صغير وأنكر الآخر ثم مات المنكر فهل يثبت النسب فيه وجهان أحدهما أنه يثبت نسبه لأن المقر صار جميع الورثة والثانى أنه لا يثبت نسبه لان تكذيب شريكه يبطل الحكم بنسبه فلم يثبت النسب كما لو أنكر الأب نسبه فى حياته ثم أقر به الوارث وان مات رجل وخلف ابنا وارثه فأقر بابن آخر بالغ عاقل وصدقه المقر له ثم أقرا معا بابن ثالث ثبت نسب الثالث فان قال الثالث ان الثانى ليس بأخ لنا ففيه وجهان أحدهما أنه لا يسقط نسب الثانى لان الثالث ثبت نسبه باقرار الأول والثانى فلا يجوز أن يسقط نسب الأصل بالفرع والثانى أنه يسقط نسبه وهو الأظهر لأن الثالث صار ابنا فاعتبر اقراره فى ثبوت نسب الثانى وان أقر الابن الوارث بأخوين فى وقت واحد فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما وان كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسب واحد منهما وان صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب وان أقر الابن الوارث بنسب أحد التوأمين ثبت نسبهما وان أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب فى نسبهما لانهما لا يفترقان فى النسب

﴿فصل﴾ وان كان بين المقر وبين المقر به واحد وهو حى لم يثبت النسب الا بتصديقه وان كان بينهما اثنان أو أكثر لم يثبت النسب الا بتصديق من بينهما لان النسب يتصل بالمقر من جهتهم فلا يثبت الا بتصديقهم

﴿فصل﴾ وان كان المقر به لا يحجب المقر عن الميراث ورث معه ما يرثه كما اذا أقر به الموروث وان كان يحجب المقر مثل أن يموت الرجل ويخلف أخا فيقر الاخ بابن للميت أو يخلف الميت أخا من أب فيقر بأخ من الأب والام ثبت له النسب ولم يرث لانا لو أثبتنا له الارث أدى ذلك الى اسقاط ارثه لان توريثه يخرج المقر عن أن يكون وارثا واذا خرج عن أن يكون وارثا بطل اقراره وسقط نسبه وميراثه فاثبتنا النسب وأسقطنا الارث وقال أبو العباس يرث المقر به ويحجب المقر لأنه لو كان حجبه يسقط اقراره لأنه اقرار من غير وارث لوجب أن لا يقبل اقرار ابن بابن آخر لأنه اقرار من بعض الورثة والنسب لا يثبت باقرار بعض الورثة وهذا خطأ لأنه انما يقبل اذا صدقه المقر به فيصير الاقرار من جميع الورثة

﴿فصل﴾ وان وصى للمريض بأبيه فقبله ومات عتق ولم يرث لأن توريثه يؤدى الى اسقاط ميراثه وعتقه لان عتقه فى المرض وصية وتوريثه يمنع من الوصية والمنع من الوصية يوجب بطلان عتقه وارثه فثبت العتق وسقط الارث وان أعتق موسر جارية فى مرضه وتزوجها ومات من مرضه لم ترثه لان توريثها يبطل عتقها وميراثها لان العتق فى المرض وصية والوصية للوارث لا تصح واذا بطل العتق بطل

النكاح واذا بطل النكاح سقط الارث فثبت العتق وسقط الارث وان أعتق عبدين وصارا عدلين وادعى رجل على المعتق ان العبدين له وشهد العبدان بذلك لم تقبل شهادتهما لان قبول شهادتهما يؤدي الى ابطال الشهادة لانه يبطل بها العتق فاذا بطل العتق بطلت الشهادة

﴿فصل﴾ وان مات رجل وخلف أخاه فقدم رجل مجهول النسب وقال أنا ابن الميت فالقول قول الأخ مع يمينه لان الاصل عدم النسب فان نكل وحلف المدعى فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالاقرار لم يرث كما لا يرث اذا أقر به وان قلنا انه كالبينة ورث كما يرث اذا أقام البينة

﴿فصل﴾ واذا مات رجل ولا يعلم له وارث فجاء رجل وادعى أنه وارثه لم تسمع الدعوى حتى يبين سبب الارث لجواز أن يعتقد انه وارث بسبب لا يورث به ولا يقبل قوله حتى يشهد له شاهدان من أهل الخبرة بحاله ويشهدان انه وارثه ولا نعلم له وارثا سواه ويبينان سبب الارث كما بين المدعى فاذا شهدا على ما ذكرناه حكم به لان الظاهر مع هذه الشهادة أنه لا وارث له غيره وان لم يكونا من أهل الخبرة أو كانا من أهل الخبرة ولكنهما لم يقولا ولا نعلم له وارثا سواه نظرت فان كان المشهود له ممن له فرض لا ينقص أعطى اليقين فيعطى الزوج ربعا عائلا والزوجة ثمنا عائلا ويعطى الأبوان كل واحد منهما سدسا عائلا وان كان ممن ليس له فرض وهو من عدا الزوجين والابوين بعث الحاكم الى البلاد التي دخلها الميت فان لم يجدوا وارثا توقف حتى تمضي مدة لو كان له وارث ظهر وان لم يظهر غيره فان كان الوارث ممن لا يحجب بحال كالاب والابن دفعت التركة كلها اليه لان البحث مع هذه الشهادة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ويستحب أن يؤخذ منه كفيل بما يدفع اليه وان كان المشهود له ممن يحجب كالجد والاخ والعم ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق أنه لا يدفع اليه الا نصيبه لانه يجوز أن يكون له وارث يحجبه فلم يدفع اليه أكثر منه والثاني وهو المذهب أنه يدفع اليه الجميع لان البحث مع هذه البينة بمنزلة شهادة أهل الخبرة وهل يستحب أخذ الكفيل أو يجب فيه وجهان أحدهما أنه يستحب والثاني أنه واجب

﴿فصل﴾ وان كان لرجل أمتان ولكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة منهما ولا أقر المولى بوطء واحدة منهما فقال أحد هذين الولدين ابني من أمتي طولب بالبيان فان عين أحدهما لحقه نسبه وحكم بحريته ثم يسأل عن الاستيلاد فان قال استولدتها في ملكي فالولد حر لا ولاء عليه لانه لم يمسه رق وأمه أم ولد وان قال استولدتها في نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لانه مسه الرق وأمه مملوكة لأنها علقت منه بمملوك وترق الامة الاخرى وولدها وان ادعت انها هي التي استولدها فالقول قول المولى مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاد وان مات قبل البيان وله وارث يحوز ميراثه قام مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فان لم يعلم الوارث جهة الاستيلاد ففيه وجهان أحدهما ان الامة لا تصير أم ولد لان الاصل الرق فلا يزال بالاحتمال والثاني وهو المنصوص انها تكون أم ولد لان الظاهر من ولده منها انه استولدها في ملكه وان لم يكن له وارث أو كان له وارث ولكنه لم يعين الولد عرض الولدان على القافة فان ألحقت به أحد الولدين ثبت نسبه ويكون الحكم فيه كالحكم فيه اذا عينه الوارث وان لم تكن قافة أو كانت ولم تعرف أو ألحقت الولدين به سقط حكم النسب لتعذر معرفته وأقرع بينهما لتمييز العتق لان القرعة لها مدخل في تمييز العتق فان خرجت القرعة على أحدهما عتق ولا يحكم لواحد منهما بالارث لانه لم يتعين وهل يوقف ميراث ابن فيه وجهان أحدهما انه يوقف وهو قول المزني رحمه الله لانا نتيقن أن أحدهما ابن وارث والثاني انه لا يوقف لان الشيء انما يوقف اذا رجى انكشافه وههنا لا يرجى انكشافه

(فصل) وان كان له أمة وطا ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر المولى بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدى أخذ بالبيان فان عين الاصغر ثبت نسبه وحريته ثم يسأل عن جهة الاستيلاد فان قال استولدتها فى ملكى فالولد حر ولا ولاء عليه والجارية أم ولد والولد الاكبر والاوسط مملوكان وان قال استولدتها فى نكاح ثم ملكتها فقد عتق الولد بالملك وعليه الولاء لانه مسه الرق وأمه أمة قن والاكبر والاوسط مملوكان وان عين الاوسط تعين نسبه وحريته ويسأل عن استيلاده فان قال استولدتها فى ملكى فالولد حر الاصل وأمه أم ولد وأما الاصغر فهو ابن أم ولد وثبت لها حرمة الاستيلاد وهل يعتق بموته كأمه فيه وجهان أحدهما انه يعتق لانه ولد أم ولده والثانى انه عبد قن لا يعتق بعتق أمه لجواز أن يكون عبدا قنا بأن أحبل أمه وهى مرهونة فثبت لها حرمة الاستيلاد فتباع على أحد القولين واذا ملكها بعد ذلك صارت أم ولده وولده الذى اشتراه معها عبد قن فلا يعتق مع الاحتمال وان قال استولدتها فى نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لانه مسه الرق وأمه أمة قن والولدان الآخران مملوكان وان عين الاكبر تعين نسبه وحريته ويسأل عن الاستيلاد فان قال استولدتها فى ملكى فهو حر الاصل وأمه أم ولد والاوسط والاصغر على الوجهين وان قال استولدتها فى نكاح فالولد حر وعليه الولاء والامة قن والاوسط والاصغر مملوكان وان مات قبل البيان وخلف ابنا يحوز الميراث قام مقامه فى التعيين فان عين كان الحكم فيه على ماذكرناه فى الموروث اذا عين وان لم يكن له ابن أو كان له ولم يعين عرض على القافة فان عينت القافة كان الحكم على ماذكرناه وان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها أقرع بينهم لتمييز الحرية لانها تميز بالقرعة فان خرجت على أحدهما حكم بحريته ولا يثبت النسب لان القرعة لا يتميز بها النسب وأما الامة فانه يبحث عن جهة استيلادها فان كانت فى ملكه فهى أم ولده وان كان فى نكاح فهى أمة قن وان لم يعرف فعلى ماذكرناه من الوجهين فلا يرث الابن الذى لم يتعين نسبه وهل يوقف له نصيب ابن أو يعطى الابن المعروف النسيب حقه فيه وجهان أحدهما يوقف له ميراث ابن وهو قول المزنى رحمه الله والثانى وهو المذهب انه لا يوقف له شئ بل تدفع التركة الى المعروف النسب وقد بينا ذلك فيما تقدم

(فصل) وان مات رجل وخلف ابنين فأقر أحدهما على أبيه بدين وأنكر الآخر نظرت فان كان المقر عدلا جاز أن يقضى بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع يمين المدعى وان لم يكن عدلا حلف المنكر ولم يلزمه شئ وأما المقر ففيه قولان أحدهما انه يلزمه جميع الدين فى حصته لان الدين قد يتعلق ببعض التركة اذا هلك بعضها كما يتعلق بجميعها فوجب قضاؤه من حصة المقر والقول الثانى وهو الصحيح انه لا يلزمه من الدين الا بقدر حصته لانه لو لزمه بالاقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين لانه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررا والله أعلم ۞ تم الكتاب بحمد الله وعونه والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا والحمد لله وحده وصلاته على محمد خير خلقه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا طيبا مباركا

(وجد بالنسخة المصحح عليها ماصورته)

وكان الفراغ من نساختة عشية الخميس وقت أذان العصر الرابع والعشرين من شهر القعدة أحد شهور سنة ستين وسبعمائة للهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام غفر الله لكاتبه ولصاحبه وللناظر فيه ولمن دعا لهم بالمغفرة ولجميع المسلمين انه هو الغفور الرحيم والحمد لله رب العالمين

﴿ يقول راجي غفران المساوي رئيس لجنة التصحيح بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر محمد الزهري الغمراوي ﴾

الحمد لله الذي ابتدأ خلق العالم على غير مثال وأكمل نظامه وسوّاه على أحسن منوال وجعل الانسان أكرم أنواعه بما فطره عليه من فهم حكمته وآياته ومنحه من الاستعداد للفضل ما أعلى به كمالاته والصلاة والسلام على أفضل الخليقة الانسانية وأكرم الرسل آيات وأصحه يقينية وعلى آله ذوي الهداية وأصحابه الذين اختارهم الله لازاحة الضلالة والغواية ﴿أما بعد﴾ فقد تم بحمده تعالى طبع كتاب المهذب لرأس أئمة المحققين وعين الفضل الذي به في معترك الشبهات يبصر اليقين من استنارت بنبراس فضائله العصور وأينعت في روض الكمالات الدينية بسيرته الزهور الامام أبو اسحق الشيرازي رحمه الله وأثابه رضاه وكتابه المهذب من أحاسن الكتب التي تستنير بها الاذهان ودررها الغوالي التي يضن بمثلها الزمان أبان به عن اتساع بحور فضله فلا عجب في الدر فيه بل الغرابة في نظمه وعجيب قوله استوفى فيه مذهب الامام الشافعي بوجوهه وأقواله وأتى بأدلة كل قول حتى تبين للواقف ضعف كل قول من كماله وصحح الدعاوى ببراهينها وبين الاقوال ونسبها لاساطينها كل هذا بعبارات تسابق الآذان الى الاذهان وتجلو بفصاحتها الجهالة عن بني الانسان فلا غرو أن اعتمدت على نقله أكابر الفضلاء ونوهت به واعتمدت على أقواله أئمة العلماء وقد بخلت بهذا الكتاب يد الزمان برهة من العصور حتى عز وجوده وأصبحت نسخه في غاية الندور فقيض الله لنشر نوره بين الأنام ورفع ستور الخفاء عن محياه لينتفع به الخاص والعام حضرات أصحاب مكتبة دار الكتب العربية الكبرى بمصر جل الله مسعاهم ومنحهم التوفيق لامثال هذه المبرات وأحسن في العالم ثناهم فاستحضروا نسخة قديمة صحيحة من الديار اليمنية وقوبلت على نسخ متفرقات في المكتبة الاميرية ثم طبع الكتاب عليها بغاية من الدقة في التصحيح ووضع بهامشه كتاب النظم المستعذب في شرح غريب المهذب للعلامة محمد بن أحمد بن بطال الركبي نفع الله به واستحضرت نسخته أيضا من الديار اليمنية ولعدم الثقة بنسخته وعدم وجودها بهذه الديار راجعنا عليها جملة من الكتب اللغوية فجاء كتابا زهت أنواره وزكت في الارجاء أزهاره وذلك بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر وكان الفراغ من طبعه في شهر محرم سنة ١٣٣٣ هجرية على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التحية آمين